



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Dottorato di ricerca in
DIRITTO DELL'ECONOMIA
- Ciclo XXXI -

OLTRE LA DIRETTIVA 2014/104/UE SUL
PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT:
PROFILI CRITICI, RECEPIMENTO IN ITALIA E
PROSPETTIVE FUTURE

TUTOR:

Chiar.mo Prof. Roberto Mastroianni

DOTTORANDA:

Dott.ssa Claudia Massa

Anno Accademico 2017/2018

INDICE

Prefazione	5
PARTE I	9
Genesi ed evoluzione del private antitrust enforcement	9
CAPITOLO I	10
Il Private Antitrust Enforcement	10
1. Il sistema del doppio binario del diritto antitrust	11
2. Il sistema di antitrust enforcement d'oltreoceano.	14
3. Genesi ed evoluzione del private enforcement in ambito europeo.	19
3.1 Il caso Courage.	22
3.2 Il Regolamento n. 1/2003.	26
3.3 Il caso Manfredi.	28
3.4 Il Libro verde del 2005 ed il Libro bianco del 2008.	35
4. La Direttiva 2014/104/UE.	38
5. Il recepimento della Direttiva 2014/104/UE in Italia.	52
PARTE II	57
Profili critici della Direttiva 2014/104/UE e prospettive future	57
CAPITOLO II	58
Funzione del risarcimento del danno e divieto di risarcimenti punitivi nel private antitrust enforcement	58
1. Introduzione.	59
2. La funzione del risarcimento del danno antitrust ed il danno risarcibile nella Direttiva 2014/104/UE.	62
3. La funzione del risarcimento del danno nella tradizione europea.	66

3.1 Cenni sulle varie funzioni individuate dalla dottrina.	69
3.2 L'affermazione della natura polifunzionale della responsabilità civile.	76
3.3 La funzione del risarcimento del danno negli ordinamenti di common law e i "punitive damages".	79
3.4 Prima conclusione.	83
4. I risarcimenti punitivi nella giurisprudenza europea.	84
5. Divieto di risarcimenti punitivi nella Direttiva 2014/104/UE.	90
6. Alcune riflessioni sull'esclusione dei risarcimenti punitivi dal private antitrust enforcement.	92
7. La deterrenza nella Direttiva 2014/104/UE.	95
8. La quantificazione del danno antitrust e la deterrenza nel d.lgs. n. 3/2017.	99
9. Sull'opportunità di prevedere risarcimenti punitivi nel private antitrust enforcement. Una possibile soluzione.	102
10. Conclusione.	108
CAPITOLO III	113
Accesso alle prove nel procedimento relativo all'azione di risarcimento del danno antitrust	113
1. Introduzione.	115
2. L'accesso alle prove nella Direttiva 2014/104/UE.	118
2.1 Il diritto all'accesso.	118
2.2 La protezione di specifiche categorie di prove.	120
2.3 La black list: divieto assoluto di divulgazione.	121
2.4 La grey list: divieto temporaneo di divulgazione.	125
2.6 Limiti nell'uso delle prove ottenute solo grazie all'accesso al fascicolo di un'autorità garante della concorrenza.	128
2.7 Sanzioni.	129
3. L'esibizione delle prove nel d.lgs. n. 3/2017.	129

4.	Focus sulla divulgazione delle dichiarazioni legate ad un programma di clemenza e delle proposte di transazione.	133
4.1	La normativa sull'accesso ai leniency documents ed ai settlements vigente prima dell'entrata in vigore della Direttiva 2014/104/UE.	135
4.2	Il ruolo svolto dai leniency programmes e dalle azioni di risarcimento ed il delicato equilibrio della loro interazione.	140
4.3	Benefici e rischi dell'accesso al fascicolo delle Autorità garanti della concorrenza.	143
4.4	La giurisprudenza antecedente all'entrata in vigore della Direttiva 2014/104/UE.	148
4.5	Ulteriori riflessioni.	160
4.6	La giurisprudenza successiva all'entrata in vigore della Direttiva 2014/104/UE.	162
5.	Conclusione.	164
	CAPITOLO IV	173
	Effetto delle decisioni delle Autorità nazionali di concorrenza e dei giudici del ricorso ai fini delle azioni follow-on	173
1.	Introduzione.	174
2.	L'effetto delle decisioni della Commissione prima dell'entrata in vigore della Direttiva 2014/104/EU.	176
3.	L'effetto delle decisioni delle Autorità di concorrenza nella Direttiva 2014/104/EU.	180
4.	Criticità dell'attuale disciplina.	183
4.1	Le criticità dell'articolo 9, paragrafo 1.	184
4.2	Counterarguments.	193
4.3	Le criticità dell'articolo 9, paragrafo 2.	205
4.4	Le criticità dell'articolo 9, paragrafo 3.	207
5.	Ulteriori riflessioni.	210
6.	Il recepimento dell'articolo 9 della Direttiva Danni in Italia.	212

7. Una soluzione alternativa.	218
8. Conclusione.	226
Conclusione	231
Bibliografia	250

PREFAZIONE

L'impatto dirompente che la Direttiva 2014/104/UE sul *private antitrust enforcement* avrebbe avuto nell'ambito del diritto della concorrenza europeo era evidente sin da prima della sua entrata in vigore. Nel 2014 seguivo il Corso di Perfezionamento in "Diritto dell'Unione europea: la tutela dei diritti" presso l'Università di Napoli Federico II e già in quella sede ho avuto modo di iniziare a studiare l'atto europeo. Tale studio si è, poi, intensificato nell'anno accademico 2014-2015 durante il Master LL.M. in Diritto europeo presso l'Università di Parigi II Panthéon-Assas, sotto la guida della Professoressa Laurence Idot e della Professoressa Anne-Lise Sibony.

Tenendo conto delle innovazioni che questa Direttiva ha introdotto nel sistema di *antitrust enforcement* europeo e considerando che proprio in questi anni il *private antitrust enforcement* è nel pieno della sua evoluzione, ho deciso di concentrare sulla Direttiva in parola la mia ricerca di dottorato. In particolare, considerata la vastità dell'argomento ed i tanti differenti approcci che possono essere adottati per affrontare questo studio, ho scelto di analizzare, nella tesi di dottorato, alcuni profili critici dell'atto europeo. In relazione a questi ultimi, in vista del riesame che la Commissione dovrà effettuare – a norma dell'articolo 20 della Direttiva stessa – e della presentazione della relazione al Parlamento europeo ed al Consiglio entro il 27 dicembre 2020, ho cercato di suggerire delle possibili soluzioni che possano portare ad un superamento di tali criticità. Inoltre, avendo avuto l'opportunità di assistere, nel corso di un periodo di stage presso il Dipartimento per le Politiche Europee della

Presidenza del Consiglio dei Ministri, ai lavori di redazione del decreto legislativo n. 3/2017 di attuazione della Direttiva 2014/104/UE, ho inserito nella tesi anche un'analisi del recepimento nell'ordinamento italiano.

Quanto alla struttura, la tesi si divide in due parti: la prima si concentra sulla genesi ed evoluzione del *private antitrust enforcement*; la seconda, invece, si articola in tre capitoli e tende ad analizzare tre diversi profili critici della Direttiva. In particolare, si procede innanzitutto ad un'analisi sulla funzione del risarcimento del danno e si affronta la questione relativa al divieto di risarcimenti punitivi nel *private antitrust enforcement*; si approfondisce, poi, il discorso legato all'accesso alle prove nel procedimento relativo all'azione di risarcimento del danno antitrust; infine, si affronta la delicata questione concernente l'effetto delle decisioni delle Autorità di concorrenza e dei giudici del ricorso nei confronti dei giudici nazionali chiamati ad esprimersi sul risarcimento del danno antitrust. Ciascuno di questi tre capitoli si divide a sua volta in tre parti: la prima si sofferma sulla dimensione sovranazionale, la seconda su quella nazionale e la terza contiene delle riflessioni aventi ad oggetto possibili modifiche della Direttiva che potrebbero migliorare il sistema di *antitrust enforcement*.

Sia consentito esprimere qui la più sentita gratitudine a tutte quelle persone che hanno avuto modo di lasciare un segno indelebile in questo percorso di crescita nel mondo accademico. In particolare, vorrei ringraziare il Professore Roberto Mastroianni per i suoi innumerevoli insegnamenti che mi hanno fatto crescere

professionalmente e personalmente e per tutte le occasioni che mi ha dato; il Professore Fabio Ferraro per avermi sempre dato preziosi consigli, con attenzione e accuratezza; il Professore Amedeo Arena per avermi guidato, spronato e dato la possibilità di partecipare alle mie prime conferenze in Italia e all'estero; Adriano Maffeo, Alberto Capobianco, Andrea Pezza, Emmanuel Pagano, Flavia Rolando, Giovanna De Sanctis, Teresa Cimmino ed Oreste Pallotta per l'importantissimo supporto quotidiano.

Napoli, 20 ottobre 2018

C. M.

Alla mia famiglia

PARTE I

Genesi ed evoluzione del *private antitrust enforcement*

CAPITOLO I

Il Private Antitrust Enforcement

CAPITOLO I

Il Private Antitrust Enforcement

Sommario: 1. Il sistema del doppio binario del diritto antitrust. – 2. Il sistema di antitrust *enforcement* d’oltreoceano. – 3. Genesi ed evoluzione del *private enforcement* in ambito europeo. – 3.1. Il caso *Courage*. – 3.2. Il Regolamento n. 1/2003. – 3.3. Il caso *Manfredi*. – 3.4. Il Libro verde del 2005 ed il Libro bianco del 2008. – 4. La Direttiva 2014/104/UE. – 4.1. Principi generali relativi al diritto al risarcimento del danno nella Direttiva 2014/104/UE. – 5. Il recepimento della Direttiva 2014/104/UE in Italia.

1. Il sistema del doppio binario del diritto antitrust

L’applicazione del diritto antitrust si basa su un sistema binario, amministrativo e giudiziario: da un lato vi è il *public enforcement* affidato alla Commissione europea e alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri, dall’altro vi è il *private enforcement* affidato ai giudici nazionali. Queste due forme di applicazione sono intese come complementari in quanto tendono ad assicurare una maggiore efficacia complessiva alle norme antitrust ed hanno un obiettivo comune, ossia quello di impedire le pratiche anticoncorrenziali vietate e tutelare le imprese e i consumatori da tali

pratiche e dai danni che ne possono conseguire¹. In particolare, le due forme di tutela sono in linea di principio poste a presidio di interessi diversi: il *public enforcement* si occupa della tutela dell'interesse pubblico alla concorrenza, mentre il *private enforcement* ha come principale obiettivo la tutela delle posizioni giuridiche soggettive ed il risarcimento del danno sofferto dalle vittime di una violazione del diritto della concorrenza.

Per quanto riguarda i mezzi attraverso cui assicurare l'applicazione di tale diritto, le autorità pubbliche di concorrenza dispongono del potere di adottare, tra l'altro, decisioni che accertano la violazione della normativa antitrust da parte di una o più imprese e decisioni che infliggono sanzioni pecuniarie, mentre i giudici nazionali possono – a seconda del tipo di azione esperita in sede civile – dichiarare nulle le intese anticoncorrenziali (ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 2 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea) o riconoscere il risarcimento del danno subito a seguito di una violazione dell'articolo 101 o 102 del TFUE.

In un contesto come quello appena descritto, il sistema pubblico di *enforcement* è destinato a conservare un ruolo cruciale sia

¹ Cfr. G. MUSCOLO, *Disclosure and standard of proof innovations*, in *Italian Antitrust Review*, AGCM, vol. 2/2015, pp. 54-61; OCSE, *Private Remedies*, in *OECD Journal: Competition Law and Policy*, 2011, vol. 11(2), p. 12; R. VAN DEN BERGH, *Private Enforcement of European Competition Law and the persisting collective action problem*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 20, 2013, pp. 12-15; U. BÖGE, *Leniency Programs and the Private Enforcement of European Competition Law*, in J. BASEDOW, *Private Antitrust Enforcement*, Kluwer Law International, 2007, p. 217; A.P. KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement: decentralized application of the EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing, 2008, p. 9; S. CAMPBELL, T. FEUNTEUN, *Designing a balanced system: Damages, Deterrence, Leniency and Litigants' Rights – A claimant's perspective*, in P. LOWE, M. MARQUIS, *European Competition Law Annual 2011: integrating Public and Private Enforcement of Competition Law – Implications for Courts and Agencies*, Hart Publishing, 2014, pp. 28-29. In senso critico, cfr. R. PARDOLESI, *Complementarietà irrisolte: presidio (pubblico) del mercato e azioni (private) di danno*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2011, pp. 458 e ss..

per la sua asserita superiorità in termini di capacità di scoperta dei cartelli che per la realizzazione della finalità deterrente e punitiva. Ciò nonostante, una tutela effettiva e più intensa può aversi soltanto attraverso l'interazione dei due sistemi ed è proprio per questo motivo che il legislatore europeo ha adottato la Direttiva 2014/104/UE² (di seguito, Direttiva Danni), la quale dedica ampio spazio alle questioni che attengono ai più delicati punti di contatto tra procedimento amministrativo e processo civile, quali l'acquisizione delle prove nel processo civile, l'effetto delle decisioni delle autorità di concorrenza sull'esito del processo civile ed il danno risarcibile.

Per quanto concerne le funzioni svolte dal sistema binario di *enforcement*, inteso nella sua complementarietà, in generale può dirsi che esso svolge una funzione deterrente e, laddove la deterrenza rispetto alla realizzazione delle condotte anticoncorrenziali si sia rivelata inefficace, punitiva e risarcitoria. Per quanto attiene alla ripartizione delle funzioni tra *public* e *private enforcement*, il dibattito dottrinale è molto acceso ed è profondamente influenzato dal paragone con il sistema americano (vigente sia negli Stati Uniti che in Canada). Pertanto, è necessario chiarire brevemente i punti cardine di tale sistema.

² Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea. GU L 349 del 5.12.2014, p. 1–19.

2. Il sistema di antitrust enforcement d'oltreoceano.

Il sistema di *antitrust enforcement* americano è stato da sempre considerato un modello di ispirazione e di confronto e nella presente trattazione verrà spesso richiamato, per cui è opportuno introdurlo sin da ora. Esso è caratterizzato dalla centralità del *private enforcement* che è la forza propulsiva della tutela del diritto antitrust d'oltreoceano³ mentre il *public enforcement* (affidato all'*Antitrust Division dell'US Department of Justice – Doj* –, che agisce in rappresentanza dello Stato Federale, e alla *Federal Trade Commission – Ftc* –, un organismo amministrativo competente a reprimere le condotte concorrenziali scorrette⁴) gioca un ruolo piuttosto residuale⁵.

³ Il sistema di *private enforcement antitrust* costituisce parte integrante del diritto antitrust americano fin dall'emanazione dello *Sherman Act* (che risale al 1890), nella cui *Section 7* fu introdotto il diritto delle vittime delle pratiche anticoncorrenziali al risarcimento dei danni tripli. Le sue origini vengono fatte risalire allo *Statute of Monopolies*, promulgato dal Parlamento inglese nel 1623, che già prevedeva i *treble damages* e i *double costs*. Lo *Sherman Act*, in particolare, nacque dall'esigenza di reagire ai grandi monopoli privati che si stavano formando alla fine del secolo XIX e intendeva proteggere innanzitutto la libertà di iniziativa economica privata dei piccoli imprenditori, oltre che la posizione dei consumatori soffocati da prezzi monopolistici. La sua *ratio* originaria non risiede nella volontà dello Stato di uscire dall'economia o di regolare questa in maniera diversa dal passato, come è invece accaduto in Europa, ma nella necessità di dare tutela alle posizioni soggettive dei singoli nei rapporti inter-privati. Il che contribuiva anche alla regolazione dell'economia, dato che all'epoca lo Stato federale non aveva né la forza né l'autorità necessarie per intervenire direttamente sulla politica economica interna. L'azione risarcitoria civile non è l'unico rimedio americano contro le condotte anticoncorrenziali, in quanto sono previste anche sanzioni di naturale penale. Sul punto, v. G. TADDEI ELMI, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta di direttiva UE del 2013*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, p. 186-191.

⁴ Tale organismo è stato istituito da una specifica legge del 1914. Essa ha competenza quasi esclusivamente sulla tutela contro l'*unfair trade practices*, in quanto alla Doj è affidata la tutela penale e all'*enforcement* privato spetta tutto il resto della tutela antitrust con un ruolo nettamente prevalente.

⁵ Il rapporto tra le azioni private e quelle pubbliche, che in passato è stato anche di 20 a 1, è infatti oggi di 10 a 1, ossia il 90 % dell'applicazione delle norme antitrust è affidata al *private enforcement*. Sul punto, v. L.A. SULLIVAN, W.S. GRIMES, *The law of antitrust, An integrated handbook*, terza edizione, 2016, p. 953; R. CHIEPPA, *La cooperazione tra giudice*

Il *private enforcement* svolge una funzione risarcitoria, punitiva e deterrente attraverso vari strumenti: la regola dei “*treble damages*”⁶, le regole elaborate dalla giurisprudenza in merito ai soggetti legittimati ad agire (quali la regola dell’*antitrust injury*, la *remoteness* o *proximate rule*, la *indirect purchaser rule*) e le azioni di classe di tipo *opt-out*⁷.

In particolare, secondo la regola dei “*treble damages*”, il risarcimento del danno prodotto da una pratica anti-concorrenziale deve essere quantificato in misura pari al triplo dei danni effettivamente sofferti e deve essere automaticamente riconosciuto dal giudice al danneggiato⁸. I “*treble damages*” hanno un duplice obiettivo: da un lato, risarcire adeguatamente le vittime di comportamenti anticoncorrenziali; dall’altro, affiancare efficacemente l’attività governativa nell’affermazione di un sufficiente livello di deterrenza⁹. Tale duplice obiettivo delle azioni di risarcimento, e dei

italiano, l’Autorità garante e la Commissione europea, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell’Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 318.

⁶ *Clayton Act*, 15 U.S.C.A., paragrafo 12 e ss., 1982. Sul punto, vedi anche il capitolo 2.

⁷ Tali azioni sono disciplinate dalla *rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure* e sono caratterizzate dal fatto che il loro esito vincola tutti coloro che, appartenendo alla classe, non abbiano dichiarato di volerne rifiutare gli effetti.

⁸ Si discute in dottrina sul rapporto tra “*punitive damages*” e “*treble damages*”. Per alcuni essi si pongono in una relazione di *genus ad speciem*, per altri gli uni escludono gli altri. Sul punto, v. AMERICAN BAR ASSOCIATION, Antitrust Section, *Punitive Damages and Business Torts*, 1998, p. 18; AA. VV., *Treble-Damages Remedy*, American Bar Association, Antitrust Section, monograph n. 13, 1986, p. 13. In giurisprudenza è stato affermato che l’applicazione di “*treble damages*” esclude quella di “*punitive damages*”: v. sentenza dell’ US District Court for the Southern District of New York, *Hansen Packing Co. v. Armour & Co.*, 16 F. Supp. 784, 788, S.D.N.Y., 30 luglio 1936.

⁹ AA. VV., *The Antitrust Treble Damages Remedy*, in *William Mitchell Law Review*, vol. 9, n. 2, 1983, Articolo 9; E.D. CAVANAGH, *Antitrust Remedies Revisited*, in *Oregon Law Review*, 2005, p. 150 e ss. e 169 e ss.; B. BAER, *Public and Private Antitrust Enforcement in the United States*, febbraio 2014, disponibile al seguente link: <https://www.justice.gov/atr/file/517756/download>; W. P.J. WILS, *The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages*, in *World Competition*, vol.

“*treble damages*” in particolare, è stato più volte enfatizzato anche dalla Corte Suprema statunitense¹⁰.

Il principio dell’*antitrust injury*, invece, tende a selezionare i soggetti legittimati ad agire e mira ad escludere, secondo criteri economici, la risarcibilità di quei danni che pur derivando da una condotta anticoncorrenziale non rientrano tra quelli che la normativa antitrust vuole prevenire e reprimere¹¹.

La *proximate rule*, dal canto suo, tende a selezionare ulteriormente, all’interno dei soggetti che hanno sofferto un *antitrust injury*, coloro che hanno diritto al risarcimento in quanto vittime di un danno derivante in via diretta dall’infrazione antitrust¹².

La *indirect purchaser rule*, infine, stabilisce che, in caso di traslazione del danno, sono legittimati ad agire solo gli acquirenti diretti e non gli acquirenti indiretti e finali¹³.

32, n. 1, marzo 2009, p. 17 e ss.; DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS COMPETITION COMMITTEE, *Relationship between public and private antitrust enforcement*, giugno 2015, p. 2, disponibile al seguente link: https://www.ftc.gov/system/files/attachments/us-submissions-oecd-other-international-competition-fora/publicprivate_united_states.pdf.

¹⁰ Cfr. Sentenza della Suprema Corte degli Stati Uniti *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 US 614, 635 (1985), in cui si legge che i “*treble damages*” creano “*a crucial deterrent to potential violators*”; sentenza, *Perma Life Mufflers* 392 US 134, 139 (1968); sentenza *Illinois Brick v. Illinois*, 431 US 720, 746 (1977).

¹¹ Cfr. G. TADDEI ELMI, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza*, *supra*, p. 195 e ss.; G. VETTORI, G. TADDEI ELMI, *Rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust*, 2010, tomo I, p. 1049.

¹² Le sentenze della Suprema Corte degli Stati Uniti *Associated General Contractors of California, Inc. v. California State Council of Carpenters*, 459 U.S. 519 (1983) e *Blue Shield of Virginia v. McCready*, 457 U.S. 465 (1982) hanno elaborato il criterio della *proximate causation* (o *remoteness rule*) per affermare la legittimazione ad agire solo dei soggetti più vicini all’infrazione e perciò più incentivati. Cfr. G. TADDEI ELMI, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza*, *supra*, pp. 198 e ss..

¹³ La sentenza della Suprema Corte degli Stati Uniti *Illinois Brick v. Illinois*, 431 US 720, 746 (1977) ha vietato agli acquirenti indiretti di beni o servizi di recuperare i danni antitrust dai trasgressori della legge antitrust, creando la c.d. “*Illinois Brick doctrine*”. Tuttavia, molti Stati hanno respinto questa dottrina (v., ad esempio, *California v. ARC*

Queste regole, insieme alla possibilità di esperire azioni di classe, disciplinano un sistema diretto a favorire la ricerca del migliore e più efficiente attore privato al quale affidare le azioni risarcitorie, attribuendogli il ruolo di parte pubblica (o meglio, di supplente delle autorità pubbliche, c.d. *Private Attorney General*), per elevare la pretesa punitiva nei confronti delle condotte socialmente indesiderate¹⁴, con il duplice effetto di prevenire le condotte dannose¹⁵ e di avere un controllo diffuso, efficiente e meno costoso per le casse dello Stato¹⁶. Tale ricerca dell'attore privato è condotta sulla base dei principi di deterrenza ed efficienza piuttosto che sulla base del principio compensativo. Infatti, la possibilità per un privato cittadino di assumere la posizione di *Private Attorney General* in un giudizio avente ad oggetto la violazione delle norme antitrust, contribuisce ad accrescere il generale livello di compliance da parte delle imprese, in

America Corp., 490 U.S. 93, 1989). Nel 2007, l'*Antitrust Modernization Commission Report* ha proposto l'abbandono da parte del Congresso della "Illinois Brick doctrine". La proposta, se adottata, indebolirebbe il diritto d'azione federale per gli acquirenti diretti – giustificando questa scelta con il fatto che l'acquirente diretto passa il sovrapprezzo invece di assorbito – e creerebbe al contempo un diritto d'azione federale per gli acquirenti indiretti. V. 2007, *Antitrust Modernization Commission Report*, disponibile al seguente link: https://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf, p. 18; G. TADDEI ELMI, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza*, *supra*, p. 199-201.

¹⁴ Cfr. J. A. RABKIN, *The secret life of the Private Attorney General*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 61: n.1, p. 196; R. C. MEURKENS, *Punitive Damages - The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe*, in Kluwer, 2014, p. 27 e ss. e 189 e ss.; M. SCHIRIPA, *I danni punitivi nel panorama internazionale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento?*, disponibile sul sito www.comparazionedirittocivile.it, marzo 2017; P. IANNUCELLI, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'Unione europea e la Direttiva 2014/104*, Milano, 2015, p. 226.

¹⁵ M. CAPPELLETTI, *Punitive Damages and the Public/Private Distinction: A Comparison Between the United States and Italy*, disponibile al seguente link: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:25818261>, p. 807; M. GALANTER, D. LUBAN, *Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism*, in *American University Law Review*, vol. 42, 1993, p. 1393, 1397-99.

¹⁶ G. TADDEI ELMI, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza*, *supra*, p. 204-205.

quanto gli agenti economici operano essi stessi come importante strumento di implementazione delle politiche di concorrenza.

Un sistema come quello appena descritto si basa su un importante assunto di fondo, ossia che il *public enforcement* americano non è autosufficiente nel raggiungimento degli obiettivi del diritto antitrust. Allora, i confini tra *private* e *public enforcement*, in un simile sistema, tendono ad essere molto labili, in quanto le azioni private – essendo comunque finalizzate alla repressione dei cartelli e a impedire il loro proliferare – ben possono essere qualificate come strumenti aggiuntivi di *public enforcement*. Dunque, nel *private enforcement* americano la deterrenza assume un ruolo primario, di pari importanza rispetto al diritto al risarcimento esercitato tramite le azioni giudiziali.

In definitiva, può dirsi che la deterrenza ottimale, l'efficienza, l'incentivazione delle azioni private e l'individuazione del miglior attore privato sono i punti cardine del sistema di *private antitrust enforcement* americano.

I buoni risultati di tale sistema sono ottenuti grazie alla disponibilità di numerosi potenziali attori privati che, incentivati ad agire dalla possibilità di ottenere i “*treble damages*”, contribuiscono indirettamente a raggiungere gli obiettivi *dell'antitrust enforcement*: creare deterrenza sulle imprese (le quali temono di potersi trovare un giorno nella posizione di dover corrispondere risarcimenti di ammontare particolarmente elevato¹⁷), individuare gravi condotte anticoncorrenziali e punire dei relativi responsabili.

¹⁷ R. LANDE, J. DAVIS, *The extraordinary deterrence of private antitrust enforcement: a reply to Werden, Hammond and Barnett*, in *Antitrust Bulletin*, 2013, pp. 173 e ss.; P.H. ROSOCHOWICZ, *Deterrence and the relationship between Public and Private Enforcement*

Questo assetto, però, non è privo di controindicazioni ed effetti collaterali negativi (di cui si dirà nel II capitolo). Ad esempio, i potenziali attori possono essere indotti ad agire temerariamente nella speranza di ottenere un introito di danni triplicati, con le conseguenti implicazioni negative sul carico giudiziario complessivo; ancora, le imprese coinvolte, pur di evitare il contenzioso giudiziale ed il conseguente obbligo di risarcimento che può costituirne l'esito, possono essere orientate a concludere accordi transattivi; infine, la triplicazione del danno può creare “*overdeterrence*”, con la dannosa conseguenza che le condotte pro-competitive, e quindi legali, potrebbero essere scoraggiate per paura di essere condannati al risarcimento del danno.

3. *Genesi ed evoluzione del private enforcement in ambito europeo*

Profondamente diverso rispetto al sistema di antitrust *enforcement* americano, incentrato sul *private enforcement* quale garante delle funzioni deterrente, punitiva e risarcitoria, è il sistema europeo. Quest'ultimo, infatti, è caratterizzato dalla preponderanza del *public enforcement* e dalla funzione compensativa, prima che deterrente, del *private enforcement*.

Il differente approccio può essere probabilmente giustificato dal fatto che il diritto della concorrenza europeo è stato concepito

of Competition Law, Amsterdam Centre for Law & Economics Working Paper Series, p. 5, disponibile sul sito <http://acle.uva.nl/events/competition--regulation-meetings/working-papers-cr-meeting-2005.html>.

facendo riferimento ai principi della dottrina ordoliberal¹⁸, secondo la quale il libero mercato rappresenta un “ordine istituzionale” (non “naturale”) e come tale deve essere definito da una cornice istituzionale. Dunque, il funzionamento dei mercati necessita di essere supervisionato e governato da una forte Autorità di diritto pubblico. Ciò ha portato ad un forte sviluppo del *public antitrust enforcement*, mentre il *private enforcement* è sempre rimasto sullo sfondo, con l’effetto di creare incertezza circa gli strumenti a disposizione dei privati per ottenere il risarcimento dei danni patiti in conseguenza di condotte anti-competitive delle imprese.

In effetti, fin dalle sue origini, ossia dall’emanazione del Trattato CE nel 1957, l’antitrust europeo si è caratterizzato per l’assenza di un sistema rimediale di natura privatistica. Nel sopracitato Trattato, infatti, la preferenza per il *public enforcement* è evidente: da un lato, esso prevede espressamente la competenza della Commissione in merito all’applicazione delle norme antitrust (art. 85, oggi art. 105 TFUE), dall’altro non fa parola delle competenze dei giudici ordinari né dei possibili rimedi civili, salva solamente la previsione della nullità delle intese restrittive della concorrenza di cui all’articolo 81, paragrafo 2 (oggi articolo 101, paragrafo 2 TFUE). Ancora, il Regolamento CE 17/1962, che prevedeva le norme di attuazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE, non prevedeva alcun rimedio civilistico ed affidava alla Commissione ampi poteri

¹⁸ L’ordoliberalismo è apparso in Germania a partire dagli anni trenta del XX secolo in risposta alla profonda crisi economica e politica e ha dato origine all’economia sociale di mercato. Questa dottrina è stata concepita dalla Scuola di Friburgo ed è considerata la forma più progressista dei modelli liberali. Cfr. G. MONTI, *EC Competition Law, Law in Context Series*, Cambridge University Press, 2007, p. 23-24; A. JONES, B. SUFRIN, *EU Competition Law, Text, Cases, and Materials*, sixth edition, Oxford University Press, 2016, p. 25-26.

investigativi e regolativi. Ai giudici nazionali, pertanto, restava un ruolo marginale, in quanto comunque, potenzialmente, non gli era impedita l'applicazione diretta delle norme antitrust del Trattato.

Il lento sviluppo del *private antitrust enforcement* in Europa è iniziato relativamente da poco ed è ancora in corso. Esso nasce dall'esigenza di privatizzare e decentralizzare il sistema di applicazione delle norme antitrust, diminuendo il carico di lavoro della Commissione europea e aumentando quello dei giudici nazionali. Inoltre, lo sviluppo del *private enforcement* risponde anche all'esigenza di accrescere la tutela dei consumatori, intesa sia come tutela dell'interesse individuale del consumatore sia come interesse generale alla concorrenzialità del mercato.

Una maggiore coscienza delle potenzialità dei due differenti strumenti di *enforcement* e delle loro interazioni si sta gradualmente acquisendo, con il duplice benefico effetto, dal punto di vista della tutela degli interessi privati, di superare quel gap di informazione dei soggetti danneggiati, consumatori e imprese circa la possibilità di potersi servire del *private enforcement* per ottenere il risarcimento del danno subito¹⁹ e, dal punto di vista della tutela dell'interesse pubblico, di incrementare l'effetto deterrente dalle condotte anti-competitive sulle imprese.

La politica di concorrenza europea ha di recente intrapreso un processo di modernizzazione, il quale ha tra i principali obiettivi

¹⁹ Cfr. V. VALENTINI, L. DE CARO, *La tutela della concorrenza: il public enforcement*, in B. SASSANI (a cura di), *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017*, n. 3, 2017, p. 18.

quello di incoraggiare il *private enforcement* e renderlo il più possibile armonico con le iniziative già adottate sul versante pubblicistico²⁰.

Rilevanti in tal senso sono non solo gli atti adottati dal legislatore europeo, come il Regolamento n. 1/2003 e la Direttiva 2014/104/UE, ma anche la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (di seguito, CGUE).

3.1 Il caso *Courage*.

L'assunto di base da cui dover partire per poter parlare di *private antitrust enforcement* è che gli articoli 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (di seguito, TFUE) costituiscono norme direttamente applicabili ai rapporti tra privati, in quanto dotate di efficacia diretta che le rende idonee a far sorgere in capo ai singoli situazioni giuridiche soggettive direttamente invocabili dinanzi al giudice ordinario²¹.

Sebbene le azioni private siano sempre state considerate un utile completamento al *public enforcement*, per molti anni non è stato

²⁰ R. NAZZINI, *Concurrent proceedings in Competition Law: Procedure, Evidence and Remedies*, OUP, 2004, p. 23.

²¹ Causa 127-73, *Belgische Radio en Televisie e société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contro SV SABAM e NV Fonior*, EU:C:1974:6, p. 26; Causa 37/79, *Anne Marty SA contro Estée Lauder SA*, EU:C:1980:190, p. 13. Questo principio era stato già affermato, seppur non nell'ambito del diritto della concorrenza, nella sentenza *van Gend & Loos* (Causa 26-62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contro Amministrazione olandese delle imposte*, EU:C:1963:1) e nella sentenza *Francovich* (Cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Andrea Francovich e altri contro Repubblica italiana*, EU:C:1991:428), nella quale la Corte precisò che i singoli potevano far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti sanciti dalle norme comunitarie e osservò che la piena efficacia delle norme comunitarie e la piena tutela dei diritti da esse riconosciuti sarebbero state messe a repentaglio se i singoli individui non avessero potuto ottenere un risarcimento in caso di lesione dei loro diritti a causa di una violazione delle norme comunitarie imputabile ad uno Stato membro.

chiaro se i soggetti privati vittime di una violazione antitrust avessero effettivamente diritto al risarcimento del danno²². Tale questione è stata chiarita nel 2001 nella sentenza *Courage*²³ dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale è stata chiamata a dirimere una serie di questioni pregiudiziali vertenti sull'eventualità che una violazione delle norme dell'Unione europea in materia di concorrenza potesse dare luogo a una responsabilità individuale per danni²⁴.

In particolare, la questione sottoposta al vaglio dei giudici del Lussemburgo non ha riguardato precisamente l'esistenza nel diritto dell'Unione europea del diritto ad agire in giudizio per i danni conseguenti alla violazione di norme antitrust, quanto invece quella di stabilire se una parte di un contratto che viola il diritto della concorrenza possa essere escluso da tali azioni con riguardo a quel particolare contratto. Sul punto, la Corte di giustizia ha affermato che tale esclusione dalla richiesta dei danni può ritenersi ammissibile nel

²² Il principio del diritto al risarcimento per violazione delle norme del Trattato, seppure in ambito estraneo al diritto della concorrenza, si stava già consolidando nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (v. Cause riunite Caso C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA contro Bundesrepublik Deutschland e The Queen contro Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri*, EU:C:1996:79, punto 42).

²³ Causa C-453/99, *Courage Ltd contro Bernard Crehan e Bernard Crehan contro Courage Ltd e altri*, EU:C:2001:465, punto 26.

²⁴ Si tratta delle seguenti quattro questioni pregiudiziali: «1) Se l'art. 81 CE (ex art. 85) [oggi articolo 101 TFUE, n.d.r.] debba essere interpretato nel senso che una delle parti di un contratto illecito di locazione di un bar, contenente una clausola di esclusiva, può far valere tale norma per ottenere una tutela giurisdizionale (“*relief*”) nei confronti della controparte. 2) In caso di soluzione in senso affermativo della questione sub 1), se la parte che chiede una tutela giurisdizionale (“*relief*”) sia legittimata ad ottenere un risarcimento dei pretesi danni subiti a seguito del suo assoggettamento alla clausola contrattuale vietata ai sensi dell'art. 81. 3) Se una norma dell'ordinamento nazionale, ai sensi della quale i giudici non debbono consentire ad un soggetto di far valere propri atti illeciti e/o fondarsi su di essi come presupposto per ottenere un risarcimento danni, debba essere considerata compatibile con il diritto comunitario. 4) Se la soluzione della questione sub 3) sia nel senso che in talune circostanze una siffatta norma possa essere incompatibile con il diritto comunitario, quali siano le circostanze che il giudice nazionale dovrebbe prendere in considerazione».

caso in cui il richiedente, parte del contratto in questione, abbia “una responsabilità significativa nella distorsione della concorrenza”²⁵, valutabile sulla base dell’analisi del contesto economico e giuridico, del potere di negoziazione e del rispettivo comportamento delle due parti contrattuali²⁶.

Tuttavia, questa causa si è rivelata l’occasione per la Corte di giustizia per statuire sull’esistenza del più generale principio all’interno dell’Unione europea consistente nel diritto a ottenere il risarcimento del danno subito in conseguenza di condotte anticoncorrenziali.

A tal proposito, la Corte ha fissato tre punti fondamentali: ha ribadito ancora una volta che gli articoli 101 e 102 TFUE producono effetti diretti nei rapporti tra i singoli ed attribuiscono direttamente a questi dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare²⁷, ha affermato che la piena efficacia e l’effetto utile di tali norme sarebbero messi a rischio se al singolo danneggiato non fosse riconosciuta la possibilità di agire per il risarcimento ed, infine, ha riconosciuto che “chiunque” può chiedere “il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza”²⁸.

²⁵ Causa C-453/99, *Courage*, punto 36.

²⁶ *Ibidem*, punti 31-33: “(...) in particolare, è compito di detto giudice verificare se la parte che sostiene di avere subito un danno in seguito alla conclusione di un contratto idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza si trovasse in una posizione d’inferiorità grave nei confronti della controparte, tale da compromettere seriamente, e persino da annullare, la sua libertà di negoziare le clausole del detto contratto nonché la sua capacità di evitare il danno o limitarne l’entità, in particolare sperando tempestivamente tutti i rimedi giuridici a sua disposizione”.

²⁷ *Ibidem*, punto 23.

²⁸ *Ibidem*, punto 26.

Ancora, la Corte ha precisato che la designazione dei giudici competenti e lo stabilimento delle modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario – in mancanza di una disciplina comunitaria in materia – spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro, nel rispetto del principio di equivalenza e del principio di effettività²⁹.

Infine, i giudici di Lussemburgo hanno sottolineato che il risarcimento del danno ha una chiara funzione deterrente, in quanto “un siffatto diritto rafforza (...) il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulati, idonei a restringere o falsare il gioco della concorrenza. In quest'ottica, le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità”³⁰.

Dunque, la sentenza *Courage* ha qualificato le azioni di risarcimento dei danni come un indispensabile strumento nelle dinamiche delle relazioni contrattuali che siano in grado di restringere o distorcere il gioco della concorrenza e, in seconda battuta, ha inteso

²⁹ Ibidem, punto 29. Il principio dell'autonomia procedurale (secondo il quale spetta ai singoli ordinamenti giuridici nazionali l'individuazione delle forme e delle modalità attraverso le quali tutelare gli interessi dei singoli) è, infatti, temperato dal principio di equivalenza (secondo il quale tali modalità non devono essere meno favorevoli rispetto a quelle previste per analoghe azioni contemplate dal diritto interno) e dal principio di effettività (secondo il quale non si può rendere eccessivamente difficile o praticamente impossibile la tutela di cui trattasi). Con riguardo a tali principi, cfr., tra le altre, Causa C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG e Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, EU:C:1976:188, Causa C-309/85, *Bruno Barra c. Belgian State and City of Liège*, EU:C:1988:42, C-231-96, *Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis) c. Ministero delle Finanze*, EU:C:1998:401. Il principio dell'autonomia procedurale è stato codificato nell'art. 4 della Direttiva 2014/104/UE e costituisce un principio generale della Direttiva stessa.

³⁰ Ibidem, punto 27.

affermare che rimedi privatistici efficaci sono imprescindibili nel contesto giuridico europeo.

Tuttavia, in dottrina è stato osservato che la sentenza *Courage*, pur se di fondamentale importanza nell'evoluzione del *private antitrust enforcement*, ha lasciato dei pericolosi vuoti nella disciplina dell'applicazione del principio in essa affermato, primo fra tutti quello sull'individuazione dei soggetti legittimati ad agire per il risarcimento³¹. Infatti, il riconoscimento a qualsiasi danneggiato del diritto al risarcimento avrebbe potuto condurre all'estensione di tale diritto anche a chi non fosse stato vittima di un danno rientrante tra quelli che il diritto antitrust vuole evitare, creando l'indesiderato effetto di *over-deterrence*. Ancora, la vaghezza di tale principio avrebbe potuto portare alla negazione del diritto al risarcimento, per assenza del nesso eziologico, agli acquirenti diretti dell'autore dell'illecito perché potenzialmente essi avrebbero potuto traslare il danno a valle³². Soltanto nel 2006, con la sentenza *Manfredi*, la disciplina risarcitoria conoscerà una maggiore completezza.

3.2 Il Regolamento n. 1/2003.

Due anni dopo l'emanazione della sentenza *Courage*, il legislatore europeo adotta il primo atto vincolante che mostra un certo

³¹ G. TADDEI ELMi, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza*, *supra*, p. 210-211.

³² Questa ipotesi si è effettivamente verificata quando il *Tribunal de Commerce de Nanterre* (sulla base di un caso deciso dalla Commissione europea, Comp/E-1/37.512) ha negato il diritto al risarcimento del danno alla società *Arkopharma* nei confronti della società farmaceutica *Hoffman-La Roche*, sulla base dell'assunto che la società attrice avrebbe potuto trasferire il sovrapprezzo precedentemente pagato alla società farmaceutica sui consumatori finali.

favor per il *private antitrust enforcement*: il Regolamento n. 1/2003³³. Questo atto, accompagnato dal pacchetto di modernizzazione approvato contestualmente, si occupa della privatizzazione del sistema rimediale antitrust³⁴.

Tale regolamento produce un mutamento importante nell'applicazione del diritto europeo della concorrenza, prevedendo un regime decentralizzato che si basa sull'efficacia diretta degli articoli 101 e 102 TFUE, immediatamente invocabili dai privati davanti ai tribunali nazionali. Questo sistema decentralizzato è ispirato dall'esigenza di realizzare un sistema di applicazione delle norme antitrust più efficace, ed è caratterizzato dall'eliminazione del monopolio della Commissione e dalla cooperazione con le Autorità Nazionali di Concorrenza ("ANC") nell'ambito dell'*European Competition Network* ("ECN").

Il considerando n. 7 del Regolamento n. 1/2003, infatti, riconosce che le giurisdizioni nazionali ricoprono un ruolo complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri e svolgono una funzione essenziale nell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie: tale funzione consiste nel tutelare "i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie fra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni". Pertanto, il legislatore europeo ravvisa la necessità di consentire ai giudici nazionali di applicare pienamente gli articoli 81 e 82 del Trattato [oggi 101 e 102 TFUE, n.d.r.].

³³ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, OJ L 1, 4.1.2003, p. 1–25.

³⁴ A.P. KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement*, *supra*, p. 39 e ss..

Ciononostante, in realtà, l'impianto generale del Regolamento continua ad attribuire un ruolo predominante della Commissione, cui sono affidati, tra l'altro, il potere di accertare le violazioni delle norme antitrust e quello di obbligare le imprese interessate a porre fine alle infrazioni (articolo 7, Reg. CE 1/2003).

Per quanto riguarda i rimedi azionabili a fronte delle violazioni antitrust, anch'essi sono ancora di natura pubblicistica e sono affidati alla Commissione, la quale è dotata di poteri repressivi, anche preventivi.

Dunque, nonostante la fissazione dell'obiettivo della privatizzazione dell'antitrust, il Regolamento non contiene norme dirette ad disciplinare e specificare i rimedi civili esperibili. Pertanto, parte della dottrina ha osservato che esso non ha in alcun modo colmato le carenze del *private antitrust enforcement* europeo e non ha perciò risolto il problema del suo sottosviluppo³⁵.

3.3 Il caso *Manfredi*.

Un ulteriore importante passo in avanti nell'affermazione ed evoluzione dei principi contenuti nel leading case *Courage* si è avuto nel 2006 con la sentenza *Manfredi*³⁶. La decisione origina anch'essa da un rinvio pregiudiziale sollevato dal Giudice di pace di Bitonto a

³⁵ E. SALOMONE, *Il risarcimento del danno da illeciti antitrust: profili di tutela interna e comunitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc.3, 2007, p. 875; G. TADDEI ELMI, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza*, *supra*, p. 213.

³⁶ Cause riunite C-295/04 a C-298/04, *Vincenzo Manfredi contro Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* (C-295/04), *Antonio Cannito contro Fondiaria Sai SpA* (C-296/04) e *Nicolò Tricarico* (C-297/04) e *Pasqualina Murgolo* (C-298/04) *contro Assitalia SpA*, EU:C:2006:461.

seguito delle richieste seriali di risarcimento danni formulate dai clienti di alcune compagnie assicurative, sanzionate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito, "AGCM") per l'attuazione di un'intesa restrittiva della concorrenza tradottasi in un incremento artificioso dei premi per le polizze di assicurazione RC Auto del 20% tra il 1994 e il 1999³⁷.

I quesiti sottoposti dal giudice italiano del rinvio hanno toccato differenti aspetti del *private enforcement* del diritto antitrust, quali la natura nazionale o comunitaria della fattispecie anticoncorrenziale in esame, la competenza del giudice nazionale, la determinazione del *dies a quo* per la decorrenza del termine di prescrizione dell'azione risarcitoria, la rilevabilità d'ufficio dei risarcimenti punitivi e la legittimazione del terzo portatore di un interesse giuridicamente rilevante a proporre sia l'azione di nullità dell'intesa anti-competitiva che quella risarcitoria ove intercorra un nesso eziologico tra la condotta illecita e il pregiudizio subito dall'attore³⁸.

³⁷ Cfr. AGCM, Provv. n. 8546 (I377), RC Auto, 28 luglio 2000, successivamente confermato da TAR Lazio, 5 luglio 2001, n. 6139 e da Consiglio di Stato, 23 aprile 2002, n. 2199.

³⁸ Nelle cause da C-295/04 a C-297/04, il giudice del rinvio ha sottoposto alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali: "1) Se l'art. 101 del Trattato debba essere interpretato nel senso che esso commini la nullità di un'intesa o di una pratica concordata tra compagnie di assicurazione consistente in uno scambio di reciproche informazioni tale da permettere un aumento dei premi per le polizze di assicurazione RC auto non giustificato dalle condizioni di mercato, anche in considerazione della partecipazione all'accordo o alla pratica concordata d'impresе che appartengano a diversi Stati membri; 2) Se l'art. 101 del Trattato debba essere interpretato nel senso che esso legittimi i terzi, portatori di un interesse giuridicamente rilevante, a far valere la nullità di un'intesa o di una pratica vietata dalla stessa norma comunitaria e a chiedere il risarcimento dei danni subiti ove sussista il nesso di causalità tra l'intesa o la pratica concordata ed il danno; 3) Se l'art. 101 del Trattato debba essere interpretato nel senso che il termine di prescrizione dell'azione risarcitoria su di esso fondata debba ritenersi decorrere dal giorno in cui l'intesa o la pratica concordata è stata posta in essere oppure dal giorno in cui l'intesa o la pratica concordata è cessata; 4) Se l'art. 101 del Trattato debba essere interpretato nel senso che il giudice nazionale, ove ravvisi che il danno liquidabile in base al proprio diritto nazionale sia comunque inferiore al vantaggio economico ricavato dall'impresa danneggiante parte

La Corte di giustizia ha innanzitutto confermato la propria competenza nel caso di specie, sottolineando che l'organo giudicante di rinvio ha diritto a sollevare una questione pregiudiziale atteso che gli articoli 101 e 102 TFUE “costituiscono disposizioni di *ordine pubblico* che devono essere applicate d'ufficio dai giudici nazionali”³⁹, ed anche in ragione del fatto che le suddette norme (come già chiarito in precedenti sentenze, tra cui la sentenza *Courage*) “producono effetti diretti nei rapporti tra i singoli ed attribuiscono direttamente a questi ultimi diritti che i giudici nazionali devono tutelare”⁴⁰.

Inoltre, la Corte ha chiarito che il diritto comunitario e il diritto nazionale in materia di concorrenza si applicano parallelamente, per cui è possibile che una condotta anti-competitiva possa rappresentare contemporaneamente una violazione delle norme antitrust nazionali e comunitarie⁴¹.

dell'intesa o della pratica concordata vietata, debba altresì d'ufficio liquidare al terzo danneggiato il danno punitivo, necessario a rendere il danno risarcibile superiore al vantaggio ricavato dal danneggiante, al fine di scoraggiare la posizione in essere di intese o di pratiche concordate vietate dall'art. 101 del Trattato”.

Nella causa C-298/04, in aggiunta alle questioni pregiudiziali sopra riportate, è stata altresì sottoposta la seguente: “Se l'art. 101 del Trattato debba essere interpretato nel senso che osti all'applicazione di una norma nazionale di tenore analogo a quello dell'art. 33 della legge italiana 287/1990 secondo cui la domanda risarcitoria per violazione delle norme comunitarie e nazionali per le intese anticoncorrenziali deve essere proposta anche dai terzi dinanzi ad un giudice diverso da quello ordinariamente competente per domande di pari valore, comportando così un notevole aumento dei costi e dei tempi di giudizio”.

³⁹ Cause riunite C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, punto 31. La prima pronuncia in cui la Corte di giustizia definisce l'articolo 101 TFUE – allora art. 81 TCE – come norma di ordine pubblico è quella relativa alla causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*, EU:C:1999:269, p. 39.

⁴⁰ *Ibidem*, punto 39.

⁴¹ *Ibidem*, punto 38. Sul punto la Corte fornisce la seguente spiegazione: “il diritto comunitario e il diritto nazionale in materia di concorrenza si applicano parallelamente, dato che essi considerano le pratiche restrittive sotto aspetti diversi. Mentre gli artt. 81 CE e 82 CE [101 e 102 TFUE, n.d.r.] le contemplano sotto il profilo degli ostacoli che ne possono risultare per il commercio tra gli Stati membri, le leggi nazionali, ispirandosi a

Per quanto riguarda il diritto al risarcimento dei danni subiti, la sentenza in commento ha seguito quanto già precedentemente affermato nella sentenza *Courage*, riconfermando la sussistenza di un tale diritto nel contesto giuridico europeo.

Inoltre, la stessa ha affrontato alcune ulteriori questioni relative alle azioni giudiziarie fondate su una violazione del diritto della concorrenza, quali la legittimazione ad agire, il nesso di causalità ed il computo del termine di prescrizione ed, infine, ha chiarito quali sono le voci del danno risarcibile⁴².

In particolare, con riguardo alla legittimazione ad agire, la Corte ha aggiunto che dall'applicazione del principio di piena effettività all'articolo 101 TFUE consegue che “chiunque ha il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito quando esiste un *nesso di causalità* tra tale danno e un'intesa o pratica vietata dall'art. 81CE [101 TFUE, n.d.r.]”⁴³.

La definizione della nozione di “nesso di causalità”, così come lo stabilimento del termine di prescrizione per chiedere il risarcimento del danno, in mancanza di una disciplina comunitaria in materia,

considerazioni proprie di ciascuno Stato, considerano le pratiche restrittive in questo solo ambito”.

⁴² Ibidem, punti 99 e 100: “(...) da un lato, in conformità del principio di equivalenza, se un risarcimento danni particolare, come il risarcimento esemplare o punitivo, può essere riconosciuto nell'ambito di azioni nazionali analoghe alle azioni fondate sulle regole comunitarie di concorrenza, esso deve poterlo essere anche nell'ambito di queste ultime azioni. Tuttavia, il diritto comunitario non osta a che i giudici nazionali vigilino affinché la tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario non comporti un arricchimento senza causa degli aventi diritto. D'altro lato, dal principio di effettività e dal diritto del singolo di chiedere il risarcimento del danno causato da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza discende che le persone che hanno subito un danno devono poter chiedere il risarcimento non solo del danno reale (*damnum emergens*), ma anche del mancato guadagno (*lucrum cessans*), nonché il pagamento di interessi”.

⁴³ Ibidem, punto 61.

spetta, secondo la Corte, all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro, nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività⁴⁴.

Dunque, la sentenza *Manfredi* ha fatto un passo in avanti rispetto alla sentenza *Courage* nell'evoluzione della disciplina risarcitoria, entrando più nel dettaglio e definendo quali sono le *condizioni costitutive* del diritto al risarcimento: tale diritto deve essere riconosciuto a ciascun individuo, a patto che vi sia una violazione delle norme in materia di concorrenza, un danno ed un nesso di causalità tra la violazione e il danno subito. Con questa statuizione la Corte ha notevolmente ristretto l'ampio cerchio dei legittimati ad agire definito nella sentenza *Courage*, la quale, tacendo sulla necessità del nesso causale tra danno subito e violazione delle norme antitrust, aveva attribuito il diritto al risarcimento a "chiunque" avesse subito un danno.

E' interessante notare come la Corte di giustizia, nell'enucleare le condizioni costitutive del diritto al risarcimento, non abbia fatto alcun riferimento al requisito della colpa. In merito alla natura di questa omissione, si registra in dottrina una certa divergenza di opinioni. Da un lato, si è sostenuto che la responsabilità civile individuale per violazione delle norme europee antitrust sia di stretta interpretazione e che, dunque, il nesso causale tra una violazione delle regole di concorrenza e il danno causato sia sufficiente per fondare una richiesta di risarcimento. Per questo motivo, qualsiasi requisito nazionale che contempli la colpa deve essere ritenuto incompatibile con il diritto dell'Unione e deve dunque essere accantonato dai giudici

⁴⁴ Ibidem, punti 64 e 81.

nazionali⁴⁵. Dall'altro lato, è stato osservato che sebbene il tema della colpa non sia stato oggetto di considerazione nella sentenza *Manfredi*, non per questo può assumersi che la Corte abbia implicitamente proibito l'applicazione di questo elemento della responsabilità omettendo di includerlo tra le condizioni costitutive del diritto al risarcimento⁴⁶.

Un altro punto fondamentale della sentenza *Manfredi* concerne la definizione delle voci del danno risarcibile. A tal proposito, la Corte ha precisato che le persone che hanno subito un danno causato da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza “(...) devono poter chiedere il risarcimento non solo del danno reale (*damnum emergens*), ma anche del mancato guadagno (*lucrum cessans*), nonché il pagamento di interessi”⁴⁷. Soprattutto in tema di controversie di natura economica o commerciale, infatti, l'esclusione totale del lucro cessante si presta a rendere di fatto impossibile il risarcimento del danno⁴⁸. Per quanto riguarda il pagamento degli interessi, invece, la Corte ha riconosciuto che la loro corresponsione, ai sensi delle pertinenti norme nazionali, costituisce una componente essenziale di un indennizzo⁴⁹.

Nella sentenza in commento la Corte affronta anche un'altra peculiare questione relativa alle voci del danno risarcibile, ossia la

⁴⁵ E. DE SMIJTER E D. O'SULLIVAN, *The Manfredi judgment of the ECJ and how it relates to the Commission's initiative on EC antitrust damages actions*, in *Competition Policy Newsletter*, n. 3/2006, p. 24-25.

⁴⁶ T. EILMANSBERGER, *The Green Paper on Damages Actions for breach of the EC antitrust rules and beyond: reflections on the utility and feasibility of stimulating private enforcement through legislative action*, in *Common Market Law Review*, vol. 44 – Issue 2, 2007, p. 458.

⁴⁷ Cause riunite C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, punto 95.

⁴⁸ *Ibidem*, punto 96.

⁴⁹ *Ibidem*, punto 97.

possibilità per i giudici nazionali di riconoscere al danneggiato somme ulteriori rispetto a quella strettamente necessaria a risarcire il danno subito, con finalità punitiva della condotta anti-competitiva del danneggiante (c.d. “danni punitivi” o, più correttamente “risarcimenti punitivi”)⁵⁰. Sul punto i giudici di Lussemburgo hanno statuito che il risarcimento “esemplare o punitivo” deve poter essere riconosciuto “nell’ambito di azioni fondate sulle regole comunitarie di concorrenza, qualora possa esserlo nell’ambito di azioni analoghe fondate sul diritto interno”⁵¹. Allo stesso tempo, però, la Corte afferma che “non osta a che i giudici nazionali vigilino affinché la tutela dei diritti garantiti dall’ordinamento giuridico comunitario non comporti un arricchimento senza giusta causa degli aventi diritto”⁵².

In conclusione, dal punto di vista dello sviluppo del *private antitrust enforcement* all’interno dell’Unione europea la sentenza *Manfredi* ha rappresentato un passaggio di fondamentale importanza, contribuendo a confermare l’origine giurisprudenziale di questo strumento di tutela. Come notato in precedenza, infatti, né il Regolamento n. 1/2003 né il Trattato contengono specifiche disposizioni sulla disciplina del risarcimento dei danni. Ciò nonostante, questa sentenza, unitamente alla sentenza *Courage*, ha implicitamente inteso rinvenire la base giuridica del diritto al

⁵⁰ Sul punto, vedi capitolo II.

⁵¹ Cause riunite C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, punto 93.

⁵² Ibidem, punto 94. Sul punto, cfr. le sentenze 4 ottobre 1979, causa 238/78, *Ireks-Arkady/Consiglio e Commissione*, Racc. p. 2955, punto 14; 21 settembre 2000, cause riunite C-441/98 e C-442/98, *Michailidis*, Racc. p. I-7145, punto 31, e *Courage e Crehan*, cit., punto 30.

risarcimento danni proprio nel Trattato, segnatamente nel principio di effettività del diritto europeo della concorrenza.

Inoltre, questa sentenza ha chiarito alcuni dei più dibattuti aspetti di carattere procedurale concernenti le azioni privatistiche fondate sulla violazione delle norme a tutela della concorrenza, pur lasciando ai giudici nazionali una considerevole discrezionalità nell'applicare le rispettive regole dei sistemi giudiziari domestici. Questa scelta, però, ha lasciato aperta la questione dei diversi livelli di protezione delle azioni di risarcimento nei vari Paesi europei, i quali dipendono dalle diverse regole vigenti in ciascuno di essi. Sulla base di queste difficoltà, le Istituzioni europee hanno finalmente dato slancio ad iniziative legislative.

3.4 Il Libro verde del 2005 ed il Libro bianco del 2008.

L'attenzione delle Istituzioni europee si è focalizzata sulla tematica del *private antitrust enforcement* ed, in particolare, sul risarcimento del danno a partire dal 2005, anno in cui è stato pubblicato il Libro verde sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie⁵³. Quest'ultimo ha avviato una consultazione pubblica su diversi temi per stimolare lo sviluppo del *private antitrust enforcement* dato che questo settore del

⁵³ Libro Verde - Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie (SEC(2005) 1732), COM/2005/0672 def.

diritto in molti Stati membri era ancora caratterizzato da un “sottosviluppo totale”⁵⁴.

In questo documento emerge chiaramente che l'intento della Commissione europea nel disciplinare le azioni di risarcimento del danno era quello di raggiungere due obiettivi di eguale importanza: assicurare il risarcimento del danno e creare deterrenza dalle condotte anti-competitive sul mercato. Pertanto, gli scopi cui mira la Commissione con le soluzioni offerte nel Libro verde sembrano essere quello di un bilanciamento tra funzione compensativa e funzione deterrente e quello di un più stretto rapporto tra *public* e *private enforcement*.

Per raggiungere tali fini, la Commissione ha offerto delle soluzioni alternative: alcune sembravano voler assimilare nel diritto europeo la prospettiva statunitense, la quale – come si è visto al precedente paragrafo 2 – vede nelle azioni private uno strumento chiave per assicurare un'effettiva deterrenza⁵⁵; altre tendevano a mantenere lo *status quo*. A titolo esemplificativo, si ricordino le soluzioni proposte con riferimento al problema della quantificazione del danno: vi è quella che propone l'inserimento dei risarcimenti punitivi in misura doppia, quella che prevede che i danni siano pari

⁵⁴ Cfr. “Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC antitrust rules” sul sito web della Commissione:

http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/private_enforcement/index_en.html.

⁵⁵ Nel Libro Verde, *supra*, p. 4, infatti, si legge che “le azioni di risarcimento del danno per violazione della normativa antitrust rispondono ad un duplice obiettivo: in primis, risarcire coloro che hanno subito un danno a causa di un comportamento anticoncorrenziale e, in secondo luogo, assicurare, attraverso la disincentivazione delle condotte anticoncorrenziali, la piena efficacia delle norme antitrust previste dal trattato, contribuendo così in modo significativo al mantenimento di una concorrenza effettiva nella Comunità (deterrenza)”.

all'entità del profitto e quella che suggerisce che i danni vengano commisurati al pregiudizio del singolo.

Il Libro verde, dunque, è orientato a facilitare l'azione privata allo scopo di garantire la compensazione delle perdite subite e di facilitare la scoperta degli illeciti, migliorando l'effetto deterrente. Alla luce di ciò, è evidente che la Commissione ha tenuto presente il sistema americano nella stesura di questo atto.

Il Libro bianco adottato nel 2008⁵⁶, invece, nel suggerire misure specifiche affinché tutte le vittime di violazioni antitrust possano effettivamente accedere ai meccanismi di ricorso ed essere pienamente compensate per il danno subito, sembra considerare la deterrenza come un sottoprodotto del risarcimento. Si registra, dunque, un cambio di rotta nel processo di privatizzazione del diritto antitrust europeo e la compensazione diviene il punto focale del sistema.

Nel testo si legge, infatti, che “il risarcimento completo è (...) il primo e più importante principio guida”⁵⁷, assieme alla ricerca di un sistema risarcitorio efficace e all'affermazione della natura complementare della tutela privata rispetto a quella pubblica.

⁵⁶ Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie (SEC(2008) 404) (SEC(2008) 405) (SEC(2008) 406), COM/2008/0165 def..

⁵⁷ Ibidem, p. 3: “obiettivo primario del Libro bianco è migliorare i termini giuridici in base ai quali le vittime possono esercitare il diritto, loro garantito dal Trattato, al risarcimento di tutti i danni subiti in conseguenza della violazione delle norme comunitarie antitrust. Il risarcimento completo è dunque il primo e più importante principio guida. (...) Il miglioramento della giustizia retributiva produrrebbe pertanto di per sé conseguenze positive anche in termini di effetto deterrente per le infrazioni future e di maggiore rispetto delle norme antitrust comunitarie. (...). Le scelte politiche proposte in questo Libro bianco prevedono dunque misure equilibrate radicate nella cultura e nelle tradizioni giuridiche europee (...) concepite per creare un sistema efficace di applicazione delle norme da parte dei privati mediante azioni di risarcimento danni che integrano, ma non sostituiscono o compromettono, l'applicazione di dette norme da parte delle autorità pubbliche”.

Nel Libro bianco, dunque, il modello americano non è più il modello di riferimento. A testimonianza di ciò, si pensi ancora una volta, ad esempio, alla regola sulla quantificazione dei danni, la quale, per seguire la finalità compensativa, prevede espressamente che non è possibile riconoscere risarcimenti punitivi.

4. La Direttiva 2014/104/UE

Al termine di questo percorso giurisprudenziale e legislativo avente ad oggetto lo sviluppo del *private antitrust enforcement* vi è la Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea (cosiddetta “Direttiva Danni” o “Direttiva 104”)⁵⁸.

⁵⁸ Tale direttiva è basata su una proposta presentata dalla Commissione l'11 giugno 2013, ed entrata in vigore il 25 dicembre 2014. Per completezza di informazione, si ricordi che a completare il pacchetto legislativo in materia di *private antitrust enforcement* vi è la Comunicazione della Commissione europea sulla quantificazione del danno (*Comunicazione della Commissione relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea* del 13 giugno 2013 (2013/C 167/07)) con la sua Guida pratica (*Documento di lavoro dei servizi della Commissione, Guida pratica – Quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea*, C(2013) 3440), pubblicata in data 13 giugno 2013 e avente natura di raccomandazione non vincolante alle Corti. Inoltre, in attuazione dell'art. 16 della Direttiva che prevede l'emanazione da parte della Commissione di linee guida per i giudici nazionali sulle modalità di stima della parte del sovrapprezzo trasferita sull'acquirente indiretto, in data 25 ottobre 2016 è stato pubblicato uno studio a tal riguardo (Commissione europea, *Study on the Passing-on of Overcharges*, 25 ottobre 2016, disponibile al seguente link:

<http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0216916ENN.pdf>).

Questa direttiva si pone un duplice obiettivo: da un lato, quello di ottimizzare l'interazione tra il *public* ed il *private enforcement* del diritto della concorrenza, preservando le prerogative spettanti alla Commissione europea ed alle Autorità nazionali di concorrenza sul versante pubblicistico e assicurando che le vittime di condotte anticoncorrenziali possano ottenere il risarcimento del danno subito; dall'altro, quello di garantire ai soggetti danneggiati che il ristoro ottenibile in via giudiziale possa essere pieno ed effettivo.

In relazione al primo obiettivo, la Commissione ha ravvisato la necessità di migliorare le condizioni alle quali le parti danneggiate possono chiedere il risarcimento del danno⁵⁹, soprattutto alla luce delle marcate differenze esistenti fra le norme nazionali dei singoli Stati membri che disciplinano le azioni per il risarcimento del danno causato da violazioni delle regole di concorrenza. Tali divergenze riguardano, ad esempio, l'accesso alle prove, il valore probatorio delle decisioni delle Autorità nazionali di concorrenza nelle azioni intentate successivamente (c.d. azioni *follow-on*) nonché le norme nazionali rilevanti per la quantificazione del danno causato dalla violazione delle norme antitrust.

La diversità delle legislazioni nazionali ha determinato vari effetti indesiderati che la Direttiva intende eliminare. In primo luogo, tale divergenza ha creato condizioni fortemente disomogenee nel mercato interno, il che potrebbe pregiudicare la concorrenza e falsare

⁵⁹ Cfr. *Proposta di Direttiva del parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento dei danni a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione Europea*, dell'11 giugno 2013, 2013/0185 (COD), par. 3.1, disponibile sul sito: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013PC0404&from=EN>.

il corretto funzionamento del mercato interno. In secondo luogo, la stessa comporta che le imprese operanti in diversi Stati membri si trovino esposte a livelli di rischio significativamente diversi quanto alla possibilità di essere considerate responsabili di violazioni del diritto della concorrenza. In terzo luogo, gli attori possono ritenere più conveniente intentare azioni di risarcimento del danno in alcuni Stati membri piuttosto che in altri, creando il c.d. *forum shopping*. In quarto luogo, l'applicazione disomogenea del diritto al risarcimento all'interno dell'Unione europea può portare ad un vantaggio concorrenziale per le imprese che abbiano violato gli articoli 101 e 102 TFUE e che non siano stabilite o non operino in uno degli Stati membri con legislazione meno "favorevole". Infine, l'applicazione disomogenea delle regole sul risarcimento può rappresentare un deterrente all'esercizio del diritto di stabilimento e di prestazione di servizi negli Stati in cui il risarcimento è più efficacemente attuato⁶⁰.

Per questi motivi, la Commissione ha inteso garantire, attraverso la Direttiva Danni, l'attuazione dei principi di cui agli articoli 101 e 102 TFUE, la creazione di condizioni di concorrenza più uniformi per le imprese che operano nel mercato interno e un miglioramento nell'esercizio dei diritti per i soggetti danneggiati, ottenuto tramite l'aumento della certezza del diritto e la riduzione delle differenze tra le legislazioni sulle azioni di risarcimento del

⁶⁰ Cfr. Considerando n. 8 della Direttiva 2014/104/UE: "Le imprese stabilite e operanti in Stati membri diversi sono soggette a differenti norme procedurali che incidono fortemente sulla misura in cui possono essere considerate responsabili di violazioni del diritto della concorrenza. Questa applicazione disomogenea del diritto al risarcimento garantito dal diritto dell'Unione non solo può portare a un vantaggio concorrenziale per certe imprese che hanno violato gli articoli 101 o 102 TFUE, ma può altresì disincentivare l'esercizio del diritto di stabilimento e di fornitura di beni e servizi negli Stati membri in cui il diritto al risarcimento è applicato in modo più efficace".

danno antitrust degli Stati membri. Inoltre, la Commissione ha voluto creare un parallelo tra le violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e le violazioni delle norme dell'Unione europea, per cui laddove un'infrazione che incida sugli scambi fra Stati membri violi anche il diritto della concorrenza nazionale, le azioni per il risarcimento del danno basate su di esso devono rispettare le stesse norme stabilite per le violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione europea.

Alla luce di questi intenti e nell'assenza di indicazioni in merito nel Libro verde e nel Libro bianco⁶¹, poiché le differenze fra i regimi di responsabilità applicabili negli Stati membri possono incidere negativamente sia sulla concorrenza che sul corretto funzionamento del mercato interno, è stata scelta una doppia base giuridica per l'adozione della Direttiva 104: non solo l'articolo 103 TFUE⁶², che prevede l'emanazione di regolamenti e direttive per dare attuazione ai principi di cui agli articoli 101 e 102 TFUE, ma anche l'articolo 114

⁶¹ Il Parlamento europeo ha avuto modo di osservare nella *Risoluzione del 26 marzo 2009 sul Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie* (2008/2154(INI)) che “fino a questo momento la Commissione non ha specificato qual è la base giuridica delle misure proposte e che occorre esaminare ulteriormente la questione di una base per gli interventi proposti a livello di procedure nazionali per danni extracontrattuali e diritto processuale nazionale”.

⁶² Ai sensi dell'articolo 103 TFUE, “1. I regolamenti e le direttive utili ai fini dell'applicazione dei principi contemplati dagli articoli 101 e 102 sono stabiliti dal Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo. 2. Le disposizioni di cui al paragrafo 1 hanno, in particolare, lo scopo di: a) garantire l'osservanza dei divieti di cui all'articolo 101, paragrafo 1, e all'articolo 102, comminando ammende e penalità di mora; b) determinare le modalità di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, avendo riguardo alla necessità di esercitare una sorveglianza efficace e, nel contempo, semplificare, per quanto possibile, il controllo amministrativo; c) precisare, eventualmente, per i vari settori economici, il campo di applicazione delle disposizioni degli articoli 101 e 102; d) definire i rispettivi compiti della Commissione e della Corte di giustizia dell'Unione europea nell'applicazione delle disposizioni contemplate dal presente paragrafo; e) definire i rapporti fra le legislazioni nazionali da una parte e le disposizioni della presente sezione nonché quelle adottate in applicazione del presente articolo, dall'altra”.

TFUE ⁶³ sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative all'istituzione del mercato interno. In effetti, uno strumento di armonizzazione che disegna un parallelo tra violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e violazioni del diritto UE, necessita di entrambe le basi giuridiche perché avrà certamente un effetto sul corretto funzionamento del mercato interno⁶⁴.

4.1 Principi generali relativi al diritto al risarcimento del danno nella Direttiva 2014/104/UE.

L'articolo 1 della Direttiva 104 delinea il criterio di ammissibilità per la proposizione di un'azione di risarcimento del danno, con una previsione che si pone perfettamente nel solco della sentenza *Manfredi*, in quanto stabilisce che: “chiunque abbia subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o un'associazione di imprese [può] esercitare in maniera efficace il diritto di chiedere a tale impresa o associazione il pieno risarcimento di tale danno”.

Sulla base di questa disposizione, il novero dei potenziali soggetti legittimati ad agire comprende i fornitori ed i clienti

⁶³ In particolare il comma 1, in materia di ravvicinamento delle legislazioni, afferma che: “Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno”.

⁶⁴ B. NASCIBENE, *La vincolatività del provvedimento di condanna dell'Autorità garante successivamente alla direttiva sul private enforcement (Direttiva 2014/104/UE)*, 14/11/2016, disponibile al seguente link: <http://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/2017/01/Relazione-14.11.2016.pdf>.

dell'impresa autrice dell'illecito antitrust, le imprese concorrenti ed i consumatori finali. Inoltre, secondo quanto stabilito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Kone*⁶⁵, nella categoria dei legittimati ad agire per ottenere il risarcimento del danno rientrano anche le vittime di un prezzo di protezione (“*umbrella pricing*”), in quanto queste ultime hanno comunque subito un danno, seppur non ad opera di un membro di un'intesa anticoncorrenziale, bensì ad opera di un'impresa ad essa non aderente, la cui politica in materia di prezzi sia stata tuttavia conseguenza dell'intesa che ha contribuito a falsare i meccanismi di formazione dei prezzi operanti in mercati retti da regime di concorrenza⁶⁶.

La disciplina del risarcimento del danno contenuta nella Direttiva Danni si fonda sul principio della *restitutio in integrum* (di cui si dirà ampiamente nel Capitolo II), che si sostanzia nel ristabilire la stessa situazione in cui il danneggiato si sarebbe trovato se non vi fosse stata alcuna violazione, e che si ottiene attraverso il ripristino dello *status quo ante* (articolo 3, paragrafo 2 della Direttiva 104)⁶⁷. Tale principio è stato affermato tenendo conto dell'attitudine tradizionalmente “restitutoria” del risarcimento dei danni in ambito europeo, infatti l'articolo 3, paragrafo 3 della Direttiva 104 aggiunge che il pieno risarcimento non conduce ad alcuna forma di sovracompensazione del danno subito.

⁶⁵ Causa C-557/12, *Kone AG e altri contro ÖBB-Infrastruktur AG*, EU:C:2014:1317.

⁶⁶ *Ibidem*, punto 34.

⁶⁷ M. LIBERTINI, *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust. Alcune osservazioni preliminari*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, p. 271-272.

In particolare, a norma della Direttiva Danni, il risarcimento include il danno relativo al valore delle perdite subite (il c.d. *damnum emergens*), la perdita dei profitti attesi (il c.d. *lucrum cessans*) e il pagamento degli interessi intercorrenti dal momento in cui il danno si è verificato a quello in cui il risarcimento ha effettivamente luogo⁶⁸.

Altro principio cardine della disciplina in commento è quello della presunzione *iuris tantum* – come tale, suscettibile di prova contraria – dell’esistenza di un danno derivante da un cartello. L’articolo 17, paragrafo 2, infatti, stabilisce che “si presume che le violazioni consistenti in cartelli causino un danno. L’autore della violazione ha il diritto di fornire prova contraria a tale presunzione”.

Questa previsione, alleviando la parte danneggiata dalle difficoltà e dai costi relativi alla dimostrazione dei cartelli, è stata introdotta con l’intento di incentivare le vittime di una tale condotta

⁶⁸ Si ribadisce qui l’orientamento della Corte di giustizia espresso nella sentenza *Manfredi* cit., in base al quale dal principio di effettività e dal diritto di chiunque a chiedere il risarcimento del danno causato da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza discende che le persone che hanno subito un danno devono poter chiedere il risarcimento non solo del danno reale (*damnum emergens*), ma anche del mancato guadagno (*lucrum cessans*), nonché il pagamento di interessi. Proprio con riferimento a tale ultima voce, la Corte ha fatto riferimento alla sentenza resa nel caso *Marshall* (C-271/91, *M. Helen Marshall contro Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, EU:C:1993:335, punti 31 e 32), nella quale ha affermato che “un risarcimento integrale del pregiudizio sofferto a seguito del licenziamento discriminatorio non può prescindere da elementi, quali il decorso del tempo, tali da diminuirne di fatto il valore. La corresponsione di interessi, ai sensi delle pertinenti norme nazionali, è pertanto da considerarsi una componente essenziale di un indennizzo che consenta il ripristino di un’effettiva parità di trattamento”. Obiettivo della Corte era dunque quello di assicurare al soggetto danneggiato un ammontare che lo tenesse indenne altresì dal tempo necessario per l’effettuazione del risarcimento: secondo i giudici di Lussemburgo, infatti, il diritto dell’Unione “osta a che il risarcimento del danno subito da una persona pregiudicata a seguito di un licenziamento discriminatorio sia limitato ad un massimale fissato a priori, nonché dalla mancanza di interessi destinati a compensare la perdita subita dal beneficiario del risarcimento per effetto del tempo trascorso fino al versamento effettivo del capitale concesso”.

anticoncorrenziale ad esperire azioni di risarcimento del danno. La presunzione è stata limitata unicamente ai cartelli in quanto le loro caratteristiche, quali l'asimmetria informativa⁶⁹, l'elevato grado di segretezza ed informalità, rendono estremamente difficile la prova degli effetti pregiudizievoli subiti dai clienti⁷⁰. Inoltre, è stato tenuto in conto che la maggior parte dei cartelli determina sovrapprezzi non dovuti che, a loro volta, causano danni⁷¹.

L'onere della prova contraria viene, dunque, riversato in capo all'impresa autrice della condotta illecita, la quale è chiamata a dimostrare che il cartello di cui si discute non abbia in realtà prodotto alcun danno⁷². Pertanto, ad essere gravata maggiormente è la parte che è già in possesso delle evidenze che saranno in grado di soddisfare o meno l'onere probatorio.

Mediante la suddetta inversione, inoltre, i costi legati alla *disclosure* delle informazioni, che sarebbero probabilmente stati necessari e inevitabili per le parti danneggiate al fine di poter provare l'esistenza del danno patito, risultano azzerati.

⁶⁹ Cfr. Considerando 47 della Direttiva 2014/104/UE.

⁷⁰ M. TODINO, *Il danno risarcibile*, in *AIDA*, vol. XXIV, Milano, 2015, p. 23 e ss..

⁷¹ Cfr. *Documento di lavoro dei servizi della Commissione, Guida pratica – Quantificazione del danno, supra*, nel quale si legge che “la gamma dei sovrapprezzi osservati è estremamente ampia (alcuni cartelli registrano perfino un sovrapprezzo superiore al 50%). Circa il 70% dei cartelli analizzati nello studio presentano un sovrapprezzo compreso tra il 10% e il 40%. Il sovrapprezzo medio osservato nei cartelli si attesta attorno al 20%”.

⁷² Cfr. F. D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e dir. itto privato*, fasc. 4, 2009, p. 920; R. CAIAZZO, *L'azione risarcitoria, l'onere della prova e gli strumenti processuali ai sensi del diritto italiano*, in L.F. PACE, *Dizionario sistematico della concorrenza*, Napoli, Jovene, 2013, pp. 324 e ss..

La presunzione *iuris tantum*, dunque, per i motivi appena elencati, può anche sortire sulle imprese un effetto deterrente dall'adottare comportamenti illeciti sul mercato⁷³.

A parte la presunzione di cui si è appena detto, spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro, nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività, stabilire le proprie norme sulla quantificazione del danno e agli Stati membri e ai giudici nazionali quali condizioni l'attore deve soddisfare per dimostrare l'ammontare del danno subito, quali metodi possono essere usati per quantificare tale importo e quali conseguenze comporta il mancato pieno rispetto di tali condizioni⁷⁴.

Al fine di rendere più agevole per i giudici nazionali il compito della quantificazione del danno, la Direttiva 104 prevede che “su richiesta, le autorità nazionali garanti della concorrenza possano fornire orientamenti riguardo alla quantificazione”⁷⁵. Inoltre, la Commissione ha emanato nel 2013 un'apposita Guida pratica che, pur se non vincolante, aiuta i giudici e le parti coinvolte in azioni di risarcimento danni con informazioni relative alla quantificazione del danno⁷⁶.

⁷³ M. TODINO, *Il danno risarcibile*, *supra*, pp. 15 e ss..

⁷⁴ Considerando n. 46 della Direttiva 2014/104/UE. L'articolo 17, paragrafo 1 della Direttiva 104 entra ancor più nel merito della disciplina, stabilendo che “Gli Stati membri garantiscono che né l'onere della prova né il grado di rilevanza della prova richiesti per la quantificazione del danno rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al risarcimento”.

⁷⁵ Considerando n. 46 della Direttiva 2014/104/UE.

⁷⁶ *Comunicazione della Commissione relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea* del 13 giugno 2013 (2013/C 167/07): “La Guida pratica serve a fornire informazioni utilizzabili nel quadro delle norme e prassi nazionali, senza sostituirsi ad esse. A seconda delle norme applicabili e in funzione delle specifiche

Per quanto riguarda i termini di prescrizione del diritto al risarcimento del danno subito⁷⁷, la sentenza *Manfredi* stabilisce che essi devono essere configurati dagli ordinamenti nazionali in modo da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico europeo in materia di risarcimento del danno subito⁷⁸. Tuttavia, come la Commissione ha avuto modo di rilevare⁷⁹, la durata del termine di prescrizione nei diversi Stati membri appare differire notevolmente ed oscillare tra uno e 30 anni, per cui è stato necessario armonizzare la disciplina ed inserire nella Direttiva Danni dei parametri di

caratteristiche di ogni caso, potrebbe quindi essere sufficiente, per le parti, fornire fatti e prove, in merito al quantum dei danni, che sono meno dettagliati rispetto a quelli richiesti da alcuni metodi e tecniche menzionati nella Guida pratica. La Guida pratica illustra le caratteristiche peculiari, inclusi i punti di forza e di debolezza, dei vari metodi e delle varie tecniche disponibili per quantificare i danni causati dalla violazione delle norme antitrust. È in base alla legge applicabile che sarà stabilito quale approccio possa essere considerato adeguato per la quantificazione in base alle circostanze specifiche di un dato caso. Tra le considerazioni rilevanti rientrano – oltre al grado e all'onere della prova in base alla legge applicabile – la disponibilità dei dati, i costi e il tempo richiesti, nonché la loro proporzionalità in rapporto al valore della domanda di risarcimento. La Guida pratica presenta inoltre ed esamina una serie di esempi pratici, che illustrano i tipici effetti che tendono ad avere le violazioni delle norme UE sulla concorrenza, e che mostrano come possano essere applicati nella pratica i metodi e le tecniche di quantificazione del danno subito sopra menzionati. Le conoscenze di natura economica relative al danno causato da violazioni delle norme antitrust e le metodologie e le tecniche per la sua quantificazione possono evolversi nel tempo, in funzione delle ricerche economiche teoriche ed empiriche e la prassi giudiziaria in materia. È quindi opportuno non considerare la Guida pratica come una raccolta esaustiva o definitiva delle conoscenze, dei metodi e delle tecniche disponibili”.

⁷⁷ Cfr. M. GRANIERI, *La prescrizione*, in *AIDA*, vol. XXIV, Milano, 2015, p. 80 e ss..

⁷⁸ Cause riunite C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, punto 77.

⁷⁹ *Commission Staff Working Paper*, allegato al Libro Verde – *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, COM(2005) 672, 19 dicembre 2005, paragrafo 265, disponibile al seguente link: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/sp_en.pdf.

riferimento, soprattutto per quanto concerne il momento iniziale di avvio del decorso del termine⁸⁰.

L'articolo 10, paragrafo 2 della Direttiva Danni, infatti, stabilisce che “il termine di prescrizione non inizia a decorrere prima che la violazione del diritto della concorrenza sia cessata”, in modo tale da evitare che, in caso di violazioni plurime o continuate, il soggetto danneggiato sia impossibilitato a proporre l'azione di risarcimento⁸¹.

Inoltre, lo stesso articolo prevede che il termine prescrizionale “non inizia a decorrere [...] prima che l'attore sia a conoscenza o si possa ragionevolmente presumere che sia a conoscenza: a) della condotta e del fatto che tale condotta costituisce una violazione del diritto della concorrenza; b) del fatto che la violazione del diritto della concorrenza gli ha causato un danno; c) dell'identità dell'autore della violazione”, in maniera tale che i consumatori e le imprese danneggiate dispongano di un lasso di tempo realistico per raccogliere il materiale probatorio in grado di corroborare le rispettive pretese.

⁸⁰ A tal proposito, nel *Commission Staff Working Paper*, di accompagnamento al Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM(2008) 165, 2 aprile 2008 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52008SC0404>), al par. 241, la Commissione ha osservato che il principio in base al quale le regole che disciplinano la prescrizione debbano essere configurate in maniera tale da rendere effettivo il diritto al risarcimento da violazioni antitrust ha ripercussioni sulla data di inizio del termine di prescrizione, sulla sua durata, nonché sull'influenza esercitata sul medesimo da parte dei procedimenti di *enforcement* delle Autorità di concorrenza.

⁸¹ A tal proposito, Cause riunite C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, al punto 78 afferma che: “Una norma nazionale in virtù della quale il termine di prescrizione per la presentazione di un ricorso per risarcimento danni decorre dal giorno in cui l'intesa o la pratica concordata è stata posta in essere potrebbe rendere praticamente impossibile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno causato da tale intesa o pratica vietata, in particolare qualora tale norma nazionale preveda anche un termine di prescrizione breve e tale termine non possa essere sospeso”.

A ogni modo, il terzo paragrafo dell'articolo 10 introduce un termine minimo di prescrizione di cinque anni per l'esercizio del diritto a ottenere il risarcimento, senza fissare, invece, un termine massimo oltre il quale la pretesa si intenda definitivamente paralizzata.

Da ultimo, per evitare che l'attività di *public enforcement* possa indebitamente tradursi in un ostacolo all'esercizio del diritto al risarcimento, il paragrafo 4 dell'articolo 10 della Direttiva 104 prevede che il termine di prescrizione sia sospeso o, a seconda del diritto nazionale, interrotto nelle more di un'indagine o di un'istruttoria avviata dall'autorità garante della concorrenza in relazione alla violazione cui si riferisce l'azione per il risarcimento del danno.

La Direttiva 2014/104/UE contiene, inoltre, disposizioni dettagliate relative alla divulgazione delle prove nelle azioni per il risarcimento dei danni che cercano di trovare un equilibrio tra il diritto di un danneggiato di accedere alle prove da fornire a sostegno della sua richiesta di risarcimento danni e la protezione dei programmi di clemenza, principali strumenti di *public antitrust enforcement*. Tuttavia, tale equilibrio sembra essere spostato dal lato del *public enforcement*, in quanto il principio su cui si basa la disciplina dell'accesso alle prove è che il *private enforcement* non deve compromettere il *public enforcement* (sul punto, si veda diffusamente il capitolo III).

La Direttiva 104 tenta di superare l'asimmetria informativa che caratterizza il contenzioso del diritto della concorrenza riconoscendo

ai ricorrenti “il diritto di ottenere la divulgazione delle prove rilevanti per la loro richiesta, senza che sia necessario, da parte loro, specificarne i singoli elementi”⁸².

Tuttavia, l’ottenimento della divulgazione delle prove è circoscritto da una serie di condizioni ed eccezioni. Infatti, la Direttiva 104 crea tre liste di documenti caratterizzati da un diverso livello di protezione: la c.d. “*black list*”, la c.d. “*grey list*” e la c.d. “*white list*”. La *black list*, in particolare, è l’emblema del maggiore riguardo che il legislatore europeo ha avuto per il *public enforcement* in tema di accesso alle prove: l’articolo 6, paragrafo 6 della Direttiva Danni, infatti, prevede che “i giudici nazionali non poss[o]no in alcun momento ordinare a una parte o a un terzo di divulgare prove rientranti nelle seguenti categorie: a) dichiarazioni legate a un programma di clemenza; e b) proposte di transazione”.

Infine, un’ulteriore importante previsione contenuta nella Direttiva Danni (di cui si dirà ampiamente nel capitolo IV) attiene alla vincolatività, ai fini dell’azione per il risarcimento del danno, delle decisioni definitive che accertino una violazione del diritto della concorrenza, adottate da un’autorità nazionale garante della concorrenza o da un giudice del ricorso (articolo 9).

Tale principio di vincolatività si rifà alle sentenze *Delimitis*⁸³ e *Masterfoods*⁸⁴ della Corte di giustizia ed all’articolo 16, paragrafo 1 del Regolamento 1/2003 inerente all’effetto vincolante delle decisioni adottate dalla Commissione sulle giurisdizioni nazionali che si

⁸² Cfr. Considerando 15 della Direttiva 2014/104/UE.

⁸³ Causa C-234/89, *Stergios Delimitis v Henninger Bräu AG*, EU:C:1991:91.

⁸⁴ Causa C-344/98, *Masterfoods Ltd contro HB Ice Cream Ltd*, EU:C:2000:689.

pronuncino su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE, con il fine di assicurare l'uniforme applicazione del diritto della concorrenza e di sollevare l'attore in giudizio dall'onere probatorio di dover dimostrare che l'impresa convenuta abbia effettivamente realizzato una condotta anticoncorrenziale.

Tuttavia, l'inserimento di tale previsione è stato oggetto di forti critiche specialmente in alcuni Stati membri, dove è stata ritenuta in palese contrasto con il principio della separazione dei poteri e dell'indipendenza del potere giudiziario⁸⁵.

Pertanto, sulla base di un compromesso⁸⁶, la Direttiva è giunta a stabilire che la vincolatività delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza vale soltanto per i giudici dello stesso Stato membro in cui la decisione è stata adottata, mentre la decisione “adottata in un altro Stato membro [può], conformemente al rispettivo diritto nazionale, essere presentata dinanzi ai propri giudici nazionali, almeno a titolo di prova *prima facie*, del fatto che è avvenuta una violazione del diritto della concorrenza e [può], se del caso, essere valutata insieme ad altre prove addotte dalle parti” (articolo 9, paragrafo 2).

⁸⁵ Ad esempio, si consideri che l'articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana recita: “I giudici sono soggetti soltanto alla legge”. E infatti, secondo L. VASQUES, *Private enforcement della disciplina antitrust in Italia: si può fare?*, in *Danno e responsabilità*, 8-9 2012, p. 824 e ss., la decisione finale dell'AGCM va intesa sì come una prova dotata di particolare pregnanza nel processo civile, ma comunque pienamente superabile, in quanto “qualunque interpretazione che assegni a tale prova valore preclusivo per il libero accertamento del giudice è palesemente in contrasto con le regole del processo civile e con diversi principi costituzionali”.

⁸⁶ Nell' *Interinstitutional File* 2013/0185 (COD) del 27 novembre 2013, del Consiglio dell'Unione europea, disponibile al seguente link:

<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2015983%202013%20INIT>, infatti, si legge che l'articolo 9, paragrafo 2 della Direttiva 104 deriva da un *Presidency compromise* che “removes the cross-border binding effect of national decisions and only obliges Member States to accept them as means of evidence, in line with applicable national procedural rules” in modo tale da ottenere il più largo consenso.

Inoltre, ai sensi del paragrafo 3 dell'articolo 9, la regola sull'effetto vincolante delle decisioni dell'Autorità nazionale di concorrenza non impedisce comunque a un giudice nazionale, che abbia seri dubbi in merito alla correttezza giuridica dell'applicazione degli articoli 101 o 102 TFUE svolta dall'Autorità, di avvalersi della facoltà (od obbligo, in caso di giudice di ultima istanza) di sollevare la questione di pregiudizialità alla Corte di giustizia.

Di tutti i principi appena enunciati, quelli che hanno più fatto discutere in dottrina sono quelli inerenti al divieto di riconoscere al danneggiato forme di sovra-compensazione – segnatamente, risarcimenti punitivi –, all'accesso alle prove ed all'effetto delle decisioni adottate dalle autorità garanti della concorrenza sui giudici nazionali. Pertanto, il presente lavoro ha l'obiettivo di analizzare questi tre aspetti e di fornire una possibile soluzione per superare le criticità riscontrate nel sistema così come definito dalla Direttiva 2014/104/UE.

5. Il recepimento della Direttiva 2014/104/UE in Italia.

La Direttiva doveva essere recepita nella legislazione degli Stati membri entro il 28 dicembre 2016⁸⁷.

⁸⁷ V. http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html. Attualmente tutti gli Stati membri hanno trasposto la Direttiva (Ultimo aggiornamento 6 giugno 2018). Inoltre, il testo è rilevante per il SEE, l'accordo sullo Spazio economico europeo, entrato in vigore il 1 ° gennaio 1994, che riunisce gli Stati membri dell'UE e i tre Stati EFTA (Associazione europea di libero scambio) - Islanda, Liechtenstein e Norvegia - in un mercato unico, denominato “mercato interno”. Per questo motivo, è necessario che anche gli Stati EFTA traspongano la direttiva nei loro ordinamenti, secondo i principi

In Italia il 9 luglio 2015 è stata adottata la legge n. 114 di delega al governo per il recepimento delle direttive europee⁸⁸, c.d. legge di delegazione europea, e in sua attuazione il recepimento della Direttiva 104 è avvenuto il 19 gennaio 2017 con il d.lgs. n. 3/2017⁸⁹. Tale decreto legislativo di recepimento si compone di sette Capi che ricalcano letteralmente quelli della Direttiva e stabilisce per la prima volta nell'ordinamento italiano norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno derivante da violazioni del diritto della concorrenza italiano o europeo.

Una delle prime questioni affrontate in sede di recepimento ha riguardato la collocazione della disciplina all'interno del sistema normativo: da un lato, è stata presa in considerazione l'opzione di includerla all'interno della Legge 10 ottobre 1990, n. 287⁹⁰ (c.d. L. Antitrust), al fine di garantire una maggiore coerenza sistematica, creando una sorta di testo unico della concorrenza, comprensivo delle norme di diritto sostanziale e della disciplina relativa al loro

generali per l'incorporazione degli atti definiti all'articolo 102, paragrafo 1, dell'accordo SEE: ("Al fine di garantire la certezza giuridica e l'omogeneità del SEE, il Comitato misto SEE delibera in merito alla modifica di un allegato del presente accordo in tempi quanto più possibile ravvicinati rispetto all'adozione da parte della Comunità di una corrispondente nuova normativa comunitaria, allo scopo di permettere l'applicazione simultanea di quest'ultima e delle modifiche degli allegati del presente accordo. A tal fine, ogniqualvolta adotta un atto legislativo concernente un aspetto disciplinato dal presente accordo, la Comunità informa quanto prima le altre Parti contraenti in seno al Comitato misto SEE").

⁸⁸ Legge 9 luglio 2015 n. 114, *Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2014*, in Gazzetta Ufficiale – Serie Generale n. 176 del 31 luglio 2015.

⁸⁹ D.lgs. n. 3/2017, *Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea*, in G.U. n. 17 del 19 gennaio 2017.

⁹⁰ Legge 10 ottobre 1990, n. 287 - *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*, in Gazzetta Ufficiale del 13 ottobre 1990, n. 240.

enforcement, tanto in sede pubblicistica quanto in quella privatistica⁹¹; dall'altro, è stato proposto di farne oggetto di un autonomo testo legislativo. Il Governo, “non ravvisando alcuna utilità sistematica nel far confluire in un unico atto normativo la tutela pubblicistica e privatistica della violazione della normativa antitrust”⁹², ha ritenuto sconveniente una soluzione di tal fatta perché “la diversa *ratio* della tutela pubblicistica e privatistica del diritto antitrust, le finalità specifiche delle stesse, i diversi destinatari dei due corpi di norme, le stesse definizioni contenute nella Direttiva rendono assolutamente necessaria la costituzione di un testo legislativo autonomo dotato della propria specificità”⁹³.

Il d.lgs. n. 3/2017 ha delineato un unico regime di applicazione delle nuove norme, le quali sono rese operative tanto a fronte di violazioni della normativa antitrust europea quanto delle corrispondenti norme nazionali (articoli 2, 3 e 4, L. 287/1990) e, inoltre, sia che queste ultime vengano applicate “autonomamente”, sia “nello stesso caso e parallelamente al diritto della concorrenza dell'Unione”⁹⁴. Ancora, l'articolo 1, comma 1 del d.lgs. n. 3/2017 ha esteso la portata del provvedimento normativo anche alle azioni collettive di cui all'articolo 140-bis del Codice del Consumo.

Questa scelta “estensiva” del legislatore italiano, in linea con gli obiettivi di politica legislativa perseguiti dal legislatore europeo,

⁹¹ G. BRUZZONE, A. SAIJA, *Verso il recepimento della Direttiva sul private enforcement del diritto antitrust*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, p. 260.

⁹² Vedi Sezione 4 – *Opzioni alternative all'intervento regolatorio* dell'Analisi di impatto della regolamentazione (A.I.R.) allegata allo schema di decreto legislativo di attuazione della Direttiva 2014/104/UE, p. 7, disponibile al seguente link: http://www.governo.it/sites/governo.it/files/air_risarcimento_danno.pdf.

⁹³ Ibidem, p. 8.

⁹⁴ Articolo 2, comma 1, lett. b) e 17 del D. Lgs. 3/2017.

intende favorire l'armonizzazione del diritto nazionale con quello comunitario ed evitare che, nell'ambito del *private enforcement*, ci siano disparità di trattamento tra fattispecie analoghe che, per dimensione o caratteristiche soggettive, rientrino nell'ambito applicativo di differenti discipline.

Il d.lgs. n. 3/2017, poi, è intervenuto anche nell'ambito della competenza giurisdizionale, prevedendo una revisione delle competenze delle sezioni specializzate in materia d'impresa di cui al d.lgs. n. 168/2003, con la concentrazione delle controversie relative alle violazioni antitrust presso tre soli uffici giudiziari: Napoli, Roma e Milano⁹⁵. Tale scelta è stata guidata da più fattori: dalla particolare complessità delle controversie risarcitorie che richiede un'effettiva specializzazione dei giudici, dal bisogno di prevedibilità ed uniformità delle decisioni e dall'esiguità del numero delle cause risarcitorie in materia antitrust⁹⁶.

Per quanto concerne le singole disposizioni contenute nell'atto di recepimento della Direttiva 104 che regolano le azioni di risarcimento del danno, appare chiaro il tentativo del legislatore italiano di voler agevolare l'esercizio di tali azioni e di voler rafforzare il rapporto tra *public* e *private enforcement*. Tali norme – che verranno analizzate, per quanto rilevante ai fini della presente trattazione, nei capitoli seguenti – hanno ad oggetto l'esibizione delle prove (artt. 3-6), l'efficacia probatoria delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza, i termini di prescrizione delle azioni, la

⁹⁵ Cfr. P. LICCI, *La competenza delle Sezioni Specializzate (art. 18)*, in B. SASSANI (a cura di), *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, Pacini Giuridica, 2017, p. 81-85.

⁹⁶ S. LOPOPOLO, *Il recepimento italiano della Direttiva 2014/104/UE sul private antitrust enforcement*, in *Federalismi.it*, 6 dicembre 2017, p. 7.

responsabilità in solido (artt. 7-9), il trasferimento del sovrapprezzo (artt. 10-13), la quantificazione del danno antitrust (art. 14) e la composizione consensuale delle controversie (artt. 15-16).

PARTE II

Profili critici della Direttiva 2014/104/UE e prospettive future

CAPITOLO II

Funzione del risarcimento del danno e divieto di risarcimenti punitivi nel private antitrust enforcement

CAPITOLO II

Funzione del risarcimento del danno e divieto di risarcimenti punitivi nel *private antitrust enforcement*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La funzione del risarcimento del danno antitrust ed il danno risarcibile nella Direttiva 2014/104/UE. – 3. La funzione del risarcimento del danno nella tradizione europea. – 3.1. Cenni sulle varie funzioni individuate dalla dottrina. – 3.2. L'affermazione della natura polifunzionale della responsabilità civile. – 3.3. La funzione del risarcimento del danno negli ordinamenti di *common law* e i “*punitive damages*”. – 3.4. Prima conclusione. – 4. I risarcimenti punitivi nella giurisprudenza europea. – 5. Divieto di risarcimenti punitivi nella Direttiva 2014/104/UE. – 6. Alcune riflessioni sull'esclusione dei risarcimenti punitivi dal *private antitrust enforcement*. – 7. La deterrenza nella Direttiva 2014/104/UE. – 8. La quantificazione del danno antitrust e la deterrenza nel d.lgs. n. 3/2017. – 9. Sull'opportunità di prevedere risarcimenti punitivi nel *private antitrust enforcement*. Una possibile soluzione. – 10. Conclusione.

1. Introduzione

Nell'ambito del diritto della concorrenza, l'azione di risarcimento del danno derivante da una violazione antitrust è un

importante rimedio civilistico che espleta innanzitutto la funzione di proteggere i diritti degli individui. Tuttavia, si discute se il risarcimento del danno debba avere anche uno scopo deterrente nei confronti delle imprese che intendono assumere un comportamento illecito sul mercato.

Nell'ambito della Direttiva 2014/104/UE tale potere deterrente riveste un ruolo marginale rispetto a quello compensativo e, al momento, è affidato in via mediata ad alcuni strumenti processuali, quali la presunzione che le violazioni consistenti in cartelli causino un danno, l'inversione dell'onere della prova, la possibilità riconosciuta espressamente all'autorità giudiziaria di stimare l'ammontare del danno, qualora sia impossibile o eccessivamente difficile quantificarlo con esattezza, nonché la presunzione *iuris tantum* dell'avvenuto trasferimento del sovrapprezzo che si applica nel caso di acquirente indiretto.

Invece, in alcuni ordinamenti europei⁹⁷, la funzione deterrente del risarcimento del danno assume un'importanza eguale alla funzione compensativa ed è affidata ai c.d. “danni punitivi”, istituto di *common law* di matrice anglo-americana che consiste in un risarcimento ulteriore rispetto a quello necessario per compensare il danno subito.

Uno dei profili più critici della Direttiva 2014/104/UE, dunque, riguarda proprio la funzione attribuita al risarcimento del danno e la mancata previsione di efficaci strumenti deterrenti. In particolare, la criticità risiede soprattutto nel divieto posto dall'articolo 3, paragrafo 3 di riconoscere qualsiasi tipo di sovra-compensazione del danno subito, sia sotto forma di risarcimento punitivo che di risarcimento

⁹⁷ Regno Unito (ad eccezione della Scozia), Repubblica d'Irlanda e Cipro. Si veda, in proposito, il paragrafo 4 del presente Capitolo.

multiplo o di altra natura. Tale divieto, infatti, si inserisce in una normativa decisamente ancorata al principio compensativo, tanto è che il diritto al pieno risarcimento si basa sul principio della *restitutio in integrum* e la quantificazione del danno limita il risarcimento soltanto al danno emergente, al lucro cessante e al pagamento degli interessi.

Questo capitolo, dunque, si concentrerà su due aspetti, ossia quello della funzione deterrente e quello degli strumenti deterrenti, con un duplice intento: in primo luogo, dopo aver analizzato il dibattito dottrinale circa la funzione del risarcimento del danno, si vuol dimostrare che la normativa contenuta nella Direttiva è ormai anacronistica e necessita di revisione perché oggi, nella maggior parte degli Stati membri (sia negli ordinamenti di *common law* che di *civil law*), è stata riconosciuta la natura polifunzionale di questo istituto, che comprende sia la compensazione che la deterrenza.

In secondo luogo, dopo aver inquadrato l'istituto dei "danni punitivi" ed aver analizzato la conferente giurisprudenza delle corti degli Stati membri, della Corte europea dei Diritti dell'Uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea, questo capitolo intende esaminare la disciplina contenuta nella Direttiva Danni e riflettere sulle possibili ragioni per le quali, nella redazione di tale direttiva, il legislatore europeo abbia optato per l'esclusione dei risarcimenti punitivi dal novero dei danni risarcibili a seguito di una violazione del diritto antitrust.

Si valuterà, quindi, l'opportunità di introdurre una previsione di tal fatta nell'ordinamento europeo, prendendo in considerazione quali sono gli strumenti deterrenti attualmente a disposizione nella Direttiva

104, il problema della c.d. *overdeterrence* e quello della ripartizione delle funzioni tra *public* e *private enforcement*.

Infine, in vista del riesame che la Commissione è tenuta ad operare entro il 27 dicembre 2020 per la presentazione al Parlamento europeo e al Consiglio della propria relazione (in ossequio all'articolo 20 della Direttiva stessa), si prospetterà una possibile modifica dell'articolo 3, paragrafo 3 della Direttiva Danni.

2. *La funzione del risarcimento del danno antitrust ed il danno risarcibile nella Direttiva 2014/104/UE.*

Nel considerare gli elementi costitutivi del danno risarcibile e, di conseguenza, il *quantum* del risarcimento, bisogna necessariamente tener conto della funzione attribuita al risarcimento del danno, in quanto i due aspetti sono strettamente collegati⁹⁸.

In dottrina⁹⁹ si è molto discusso sulla funzione che può essere svolta dal *private enforcement* ed in particolare è emerso che il

⁹⁸ Cfr. M. LIBERTINI, *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust. Alcune osservazioni preliminari*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, p. 265.

⁹⁹ M. BARCELLONA, *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust*, in *Contratto e impresa*, 2008, n. 1, CEDAM, p. 120; S. BASTIANON, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul Libro verde della Commissione*, in *Mercato Concorrenza Regole*, Rivista quadrimestrale, n. 2, 2006, p. 321-356; E. SALOMONE, *Il risarcimento del danno da illeciti antitrust: profili di tutela interna e comunitaria*, in *Rivista trimestrale diritto processuale civile*, fasc.3, 2007, p. 875; F. DENOZZA, L. TOFFOLETTI, *Le funzioni delle azioni private nel Libro Bianco sul risarcimento del danno antitrust: compensazione, deterrenza e coordinamento con l'azione pubblica*, in F. ROSSI DAL POZZO, B. NASCIMBENE (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, p. 101.

risarcimento può assolvere una funzione esclusivamente compensativa ovvero altresì una funzione sanzionatoria o deterrente¹⁰⁰.

Nell'ottica del legislatore europeo – così come sancito dall'articolo 3, paragrafo 2 della Direttiva Danni¹⁰¹ e dalla Comunicazione sulla quantificazione del danno¹⁰² –, ottenere un “risarcimento pieno” del danno derivante da una violazione antitrust vuol dire soltanto ottenere il ripristino della situazione in cui il danneggiato si sarebbe trovato se l'infrazione non fosse stata commessa (c.d. danno differenziale), il che equivale a risarcire il danno realmente subito, il mancato guadagno e gli interessi¹⁰³. In

¹⁰⁰ Cfr. G. TADDEI ELMI, *Il risarcimento dei Danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello Americano e la proposta di direttiva UE del 2013*, in *Concorrenza e Mercato*, fasc. 1, 1 gennaio 2014, p. 183; European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law*, articolo 10.101. In effetti, il *private antitrust enforcement* è stato spesso invocato “come panacea alla crisi del *public enforcement* in termini di perdita di deterrenza dei divieti, non assolvendo la minaccia della (limitata in percentuale) sanzione antitrust al dovuto effetto dissuasivo” (così R. MASTROIANNI, *Poteri e competenze del giudice amministrativo in materia di concorrenza alla luce dei principi dell'Unione europea*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 297; v. anche O. PALLOTTA, *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea a tutela dei consumatori*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, pp. 113 e ss.).

¹⁰¹ L'articolo 3, paragrafo 2 della Direttiva 2014/104/UE recita: “Il pieno risarcimento pone una persona che abbia subito un danno nella situazione in cui si sarebbe trovata se la violazione del diritto della concorrenza non fosse stata commessa. Esso comprende quindi il diritto al risarcimento per il danno emergente e per il lucro cessante, oltre al pagamento di interessi”.

¹⁰² Comunicazione della Commissione relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, OJ C 167, 13.6.2013, p. 19–21, punto 6, in cui si legge che “[r]isarcire il danno subito significa ristabilire, per i soggetti danneggiati, la stessa situazione in cui si sarebbero trovati se non vi fosse stata alcuna violazione dell'articolo 101 o 102 del TFUE”.

¹⁰³ L'analisi giuridico-economica sull'entità dei danni effettivamente patiti dalla vittima di una condotta anticoncorrenziale è molto complessa. Ad ogni modo, qualunque sia il parametro (profitti, prezzo, costi) di volta in volta prescelto per valutare e quantificare i danni subiti, la misura di questi ultimi è sempre rappresentata dalla differenza tra la situazione in cui la vittima si trova a seguito dell'altrui comportamento illecito (c.d. *plaintiff's actual condition*) e la situazione della vittima in un ipotetico mondo nel quale la pratica anticoncorrenziale non è stata posta in essere e tutte le altre condizioni sono le stesse (c.d. *plaintiff's but-for condition*). Sul punto, v. S. BASTIANON, *Il risarcimento del*

particolare, il danno emergente comprende le spese che il soggetto danneggiato ha dovuto sostenere per fare fronte alla violazione della normativa *antitrust* e, a tal riguardo, rilevano i maggiori costi sostenuti dal soggetto a motivo delle violazioni contestate. Il lucro cessante incorpora, invece, il mancato guadagno e la Corte di giustizia ha chiarito la *ratio* dell'inclusione dello stesso nel risarcimento: “l'esclusione totale del lucro cessante dal danno risarcibile non può essere ammessa in caso di violazione del diritto comunitario [della concorrenza] poiché, soprattutto in tema di controversie di natura economica o commerciale, una tale esclusione totale del lucro cessante si presta a rendere di fatto impossibile il risarcimento del danno”¹⁰⁴. Per quanto riguarda gli interessi¹⁰⁵, infine, è utile dare conto della giurisprudenza UE rilevante in materia. In particolare, si segnala quanto puntualizzato nel caso *Marshall*, vale a dire che: “un risarcimento integrale del pregiudizio sofferto [nel caso di specie a seguito di licenziamento discriminatorio] non può prescindere da elementi, quali il decorso del tempo, tali da diminuirne di fatto il valore. La corresponsione di interessi, ai sensi delle pertinenti norme nazionali, è pertanto da considerarsi una componente essenziale di un

danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul Libro verde della Commissione, in *Mercato Concorrenza Regole*, Fascicolo 2, agosto 2006. Cfr. F. CASOLARI, *Diritto ad un pieno risarcimento*, in P. MANZINI (a cura di), *Il risarcimento del danno per violazioni del diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, 2017, p. 4 e ss.; E. AL MUREDEN E M. DE PAMPILIS, *Valutazione dei danni*, in P. MANZINI (a cura di), *Il risarcimento del danno per violazioni del diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, 2017, p. 127 e ss..

¹⁰⁴ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, cause riunite C-295/04 a C-298/04, *Vincenzo Manfredi contro Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA e altri*, EU:C:2006:461, p. 96.

¹⁰⁵ Per un'analisi comparativa in merito agli interessi in casi di azioni di risarcimento danni per infrazioni del diritto della concorrenza si veda il report a cura di G. MONTI, *EU law and interest on damages for infringements of competition law – A comparative report*, in *European University Institute, EUI Working Paper LAW 2016/11*.

indennizzo che consenta il ripristino di un'effettiva parità di trattamento”¹⁰⁶.

Il pieno risarcimento ai sensi di questa Direttiva, dunque, non conduce ad alcuna forma di sovra-compensazione del danno, né sotto forma di risarcimento punitivo né di risarcimento multiplo o di altra natura (articolo 3, paragrafo 3).

Pertanto, il principio su cui si basa il risarcimento del danno antitrust nella Direttiva 104 è quello della *restitutio in integrum* e la funzione assolta dall'azione risarcitoria è meramente compensativa e non anche deterrente o sanzionatoria. La Direttiva, infatti, focalizza l'attenzione più sulla posizione del danneggiato che sulla condotta riprovevole del danneggiante, dunque l'effetto deterrente del risarcimento diventa una conseguenza accessoria di un'azione che ha come priorità il ristoro del danno subito¹⁰⁷.

Inoltre, l'articolo 12 della Direttiva, concernente il rapporto tra il diritto al pieno risarcimento ed il trasferimento del sovrapprezzo, nell'estendere la legittimazione attiva a chiunque – acquirente diretto o indiretto dell'autore della violazione – abbia subito un danno dalla violazione concorrenziale, ribadisce che la misura risarcitoria accordata non deve eccedere il danno effettivamente riportato dall'attore, onde evitare esiti di carattere punitivo. Dunque, condividendo la posizione a più riprese esplicitata dalla Corte di

¹⁰⁶ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, Causa C-271/91, *M. Helen Marshall contro Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, EU:C:1993:335, p. 31. Analoghe valutazioni si rinvergono nel considerando n. 12 della Direttiva 2014/104/UE, ove pure si precisa che il pagamento degli interessi dovrebbe essere predisposto con decorrenza dal momento in cui il danno si è prodotto fino al momento dell'effettivo risarcimento.

¹⁰⁷ Sul rapporto tra funzione deterrente e compensativa del risarcimento del danno, v. F. DENOZZA, L. TOFFOLETTI, *Le funzioni delle azioni private*, *supra*, p. 104-105, 117.

Giustizia sin dalla sentenza *Courage*, secondo cui la legittimazione attiva al rimedio risarcitorio deve essere estesa a favore di chiunque abbia sofferto un danno in dipendenza della altrui violazione di regole concorrenziali, pena l'attentato alla effettività degli artt. 101 e 102 TFUE¹⁰⁸, la Direttiva 104 conferma la finalità esclusivamente compensativa da ascrivere al rimedio risarcitorio. In particolare, i commi 2 e 3 dell'articolo 12, dispongono che il danno emergente risarcibile deve sì tenere conto della differenza tra prezzo effettivamente pagato e prezzo che sarebbe stato pagato in assenza della violazione, ma detraendo l'ammontare del sovrapprezzo monopolistico che l'attore sia eventualmente riuscito a traslare a carico degli stadi successivi della catena di produzione, seppur fatto salvo il ristoro del lucro cessante che possa essergli derivato in dipendenza di una qualche riduzione del volume di vendite, effetto dalla traslazione attuata.

3. La funzione del risarcimento del danno nella tradizione europea.

La scelta del legislatore europeo di attribuire al rimedio del risarcimento del danno antitrust una funzione esclusivamente compensativa sembra derivare dalla volontà di attenersi alle tradizioni giuridiche prevalenti negli Stati membri, come testimoniato dal Libro bianco in cui si legge che le scelte in esso proposte prevedono “misure

¹⁰⁸ Cfr. E. CAMILLERI, *Il trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale nella Direttiva 2014/104/UE*, in *AIDA*, fasc.1, 2015, p. 32.

equilibrate radicate nella cultura e nelle tradizioni giuridiche europee”¹⁰⁹.

Nella maggior parte degli Stati membri ¹¹⁰, infatti, il risarcimento del danno ha esclusivamente una funzione compensativa e tende a ristorare il danneggiato per il danno subito tramite il materiale ripristino dello *status quo ante* o la corresponsione di una somma di denaro¹¹¹. Il principio su cui si basa il risarcimento del danno è quello della *restitutio in integrum*, che si sostanzia nel ristabilire la stessa situazione in cui il danneggiato si sarebbe trovato se non vi fosse stata alcuna violazione.

In realtà, però, in questi Paesi il dibattito dottrinale sulla funzione del risarcimento del danno e, più in generale, sulla responsabilità civile è ultimamente diventato molto acceso ¹¹², soprattutto in occasione del riconoscimento di sentenze straniere che prevedono forme di sovra-compensazione del danno (di cui si dirà nel paragrafo 4). In particolare, il punto focale dell’intero discorso, oggi, ruota intorno a uno sforzo classificatorio delle varie funzioni del risarcimento del danno, teso ad ammettere o escludere che la responsabilità civile possa tendere, oltre che a compensare la vittima

¹⁰⁹ Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, 2-4-2008, COM(2008) 165 def., 3.

¹¹⁰ Eccezione fatta per il Regno Unito, la Repubblica d’Irlanda e Cipro, di cui si dirà nel paragrafo successivo.

¹¹¹ Cfr. L. MUEKENS, *The punitive damages debate in continental Europe: food for thought*, 2014, p. 10, disponibile al seguente link: <http://www.ssrn.com>.

¹¹² D. BARBIERATO, *Risarcimento del danno e crisi della funzione deterrente?*, in D. BARBIERATO (a cura di), *Il risarcimento del danno e le sue “funzioni”*, Napoli, 2012, p. 55 e ss.; A. GENOVESE, *Funzione e quantificazione del risarcimento. Considerazioni relative al danno da illecito antitrust*, in M.R. MAUGERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni di diritto privato e tecniche di regolamentazione del mercato*, Bologna, 2009; M. BARCELLONA, *Funzione compensativa della responsabilità civile e private enforcement della disciplina antitrust*, in *Contratto e Impr.*, 2008, p. 120 e ss.; A. DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 289 e ss..

di un danno subito e a ripristinare lo *status quo ante* – funzione che non sembrerebbe essere mai messa in dubbio – anche a scopi ulteriori, come la funzione deterrente e la funzione sanzionatoria. Queste ultime sono particolarmente prese in considerazione da quanti guardano con attenzione ai modelli di *common law* che oggi si impongono con sempre maggiore forza e da quanti riterrebbero possibile (o perlomeno opportuno) inserire nel nostro ordinamento i *punitive damages* di ispirazione statunitense¹¹³.

Dunque, per poter valutare se oggi è ancora attuale ed opportuna la scelta del legislatore europeo di rimettere al rimedio risarcitorio antitrust una funzione esclusivamente compensatoria sulla base del rispetto delle tradizioni giuridiche degli Stati membri, è necessario dapprima passare in rassegna, seppur senza pretesa di esaustività, le diverse “funzioni” che la dottrina che si è occupata di analisi funzionale della responsabilità civile ha identificato nel corso degli anni.

¹¹³ Cfr. G. PONZANELLI, *Danni punitivi? No, grazie*, in *Foro it.*, 2007, I, p. 1461; P. PARDOLESI, *Danni punitivi: frustrazioni del “vorrei ma non posso”?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 2, p. 341; S. OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 983; P. SIRENA, *Il risarcimento dei danni c.d. punitivi e la restituzione dell’arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 531; G. PONZANELLI, *La “costituzionalizzazione” dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*, in *Foro it.*, 2003, IV, p. 356; G. PONZANELLI, *Attenzione: non è danno esistenziale, ma vera e propria pena privata*, in *Danno e resp.*, 2000, p. 835; G. BROGGINI, *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di “punitive damages” con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 479; A. SARAVALLE, *I “punitive damages” nelle sentenze delle corti europee e dei tribunali arbitrali*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1993, p. 867; G. PONZANELLI, *I punitive damages nell’esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 435.

3.1 Cenni sulle varie funzioni individuate dalla dottrina.

Innanzitutto, solo per dar conto del dibattito italiano, si considerino alcune delle più note classificazioni operate dalla dottrina.

Pier Giuseppe Monateri, ad esempio, ha individuato tre funzioni principali della responsabilità, le quali, a seconda dei tempi, sono ora l'una ora l'altra maggiormente in auge: la funzione compensativa, quella sanzionatoria e quella preventiva¹¹⁴.

Massimo Franzoni elenca: funzione repressiva, funzione compensativa, funzione solidaristica da una parte, e finalità punitivo-afflittiva, risarcitoria e consolatorio-satisfattiva dall'altra¹¹⁵.

Secondo Guido Alpa, poi, “la responsabilità civile assolve (in ogni tempo e in ogni luogo) quattro funzioni fondamentali. Si indicano così: a) la funzione di reagire all'atto illecito dannoso, allo scopo di risarcire i soggetti ai quali il danno è stato recato; b) la funzione di ripristinare lo *status quo ante* nel quale il danneggiato versava prima di subire il pregiudizio; c) la funzione di riaffermare il potere sanzionatorio (o “punitivo”) dello Stato; d) la funzione di “deterrente” per chiunque intenda compiere atti o svolgere attività da cui possano derivare effetti pregiudizievoli per i terzi. A queste quattro funzioni si affiancano poi alcune funzioni sussidiarie, che più propriamente attengono agli effetti economici della responsabilità civile: e) la distribuzione delle “perdite”, da un lato, f) l'allocazione dei costi dall'altro”¹¹⁶. Quest'ultima espressione si riferisce ai costi

¹¹⁴ P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, 2006, p. 19.

¹¹⁵ M. FRANZONI, *Fatti Illeciti, Artt. 2043, 2056 – 2059*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, 2004, 663 e ss..

¹¹⁶ G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, 2010, p. 159 e ss..

relativi all'assunzione del rischio, ripartiti tra operazioni di prevenzione e operazioni di risarcimento del danno. L'Autore, inoltre, affermando che la funzione reintegratoria è in realtà utopistica e quella sanzionatoria ripudiata e desueta, sostiene che le due funzioni fondamentalmente rimaste sono quelle che si individuano nelle parole di *compensation* delle vittime e di *deterrence* dei danneggianti.

In particolare, “compensare” vuol dire rimuovere un danno, per il tramite di un meccanismo che, inizialmente, è stato ritenuto alla stregua di un'ottica di scambio¹¹⁷, ma che più precisamente è volto a tentare di ripristinare la situazione di equilibrio iniziale che l'illecito ha violato. Dunque, “al vuoto costituito dalla risorsa sottratta al danneggiato si risponde colmando quel vuoto attraverso la risorsa pecuniaria”¹¹⁸.

In realtà, se tale è l'esigenza, le modalità con cui essa può essere soddisfatta sono molteplici e, di conseguenza, anche le ulteriori finalità che possono essere raggiunte. Pertanto, alla funzione “compensativa” propriamente detta si sono accostate funzioni della responsabilità differenti, tra loro tutte accomunate dall'idea di creare una sorta di rapporto tra quanto è stato perso dalla vittima in occasione del danno e quanto deve essere a questa risarcito: si pensi alla distinzione tra funzione ripristinatoria o reintegrativa, funzione repressiva e funzione riparatoria (o compensativa in senso stretto), tutte rientranti nell'ambito del *genus* della funzione compensativa.

¹¹⁷ A. DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, *supra*, p. 289 e ss..

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 289 e ss..

La funzione compensativa si basa sulla considerazione che è proprio il danno subito a costituire il limite entro il cui ammontare il risarcimento stesso può essere predisposto. In ciò consiste la “compensazione”: nel ripristino della condizione patrimoniale di cui la vittima dell’illecito o dell’inadempimento godeva anteriormente allo stesso.

Nell’ambito del *genus* della funzione compensativa rientra la funzione “ripristinatoria”¹¹⁹. I modelli normativi ispirati a tale funzione rappresentano la manifestazione perfetta del principio del “ripristino dello *status quo ante*”. In base a tale principio, la responsabilità deve permettere alla vittima di un danno di ristabilire – azionando i rimedi forniti da tali modelli e dunque, tradizionalmente, l’azione di adempimento e il risarcimento in forma specifica o per equivalente – il proprio *status* personale interferito dall’avvenimento della lesione, così permettendo una tutela piena ed effettiva del diritto violato.

La piena realizzabilità di tale obiettivo è discutibile tant’è che è possibile parlare di una sorta di *fictio*, in considerazione del fatto che ci sono componenti insite nell’avveramento di un danno che è impossibile per la vittima di tale danno recuperare: si pensi soprattutto alle componenti soggettive non risarcibili. Inoltre, nel campo della responsabilità extracontrattuale, la tutela risarcitoria deve permettere al danneggiato di ricomporre la situazione personale precedente

¹¹⁹ L’ordinamento italiano non contempla molte ipotesi di responsabilità declinata in chiave ripristinatoria, a parte il noto modello di responsabilità extracontrattuale per violazione di diritti di privativa industriale, recepimento italiano della direttiva c.d. *Enforcement* (Direttiva 2004/48/CE), disciplinata dall’art. 125 del Codice della Proprietà Industriale.

all'aggressione del proprio diritto, ma anche di attribuirgli ogni altra utilità che sia comunque pertinente alla titolarità dello stesso diritto. Solo così sarà possibile permettere il ripristino dello *status quo ante* tramite una tutela "effettiva" del diritto leso¹²⁰.

Quando si parla di funzione compensativa della responsabilità, non è insolito parlare anche di funzione "repressiva" della stessa. Rispetto alla prima che focalizza l'attenzione sul soggetto vittima della lesione, la seconda sembra focalizzarsi piuttosto sull'elemento oggettivo del danno. Si considerino, a tal riguardo, le parole di Massimo Franzoni: "in ciò si spiega la funzione repressiva del risarcimento nei confronti del danno, poiché il primo è rivolto a colmare una perdita già prodottasi per la vittima. Il fatto che il risarcimento sia una conseguenza del danno risarcibile implica che, mancando quest'ultimo, non può essere dato alcun risarcimento: in questo si conferma che la riparazione può esprimere solo una funzione repressiva del danno, poiché da questo dipende"¹²¹.

La funzione compensativa della responsabilità, inoltre, è considerata una funzione essenzialmente economica, tramite la quale "si attua la traslazione di una perdita, che si sia effettivamente verificata (e nelle sue concrete dimensioni, appunto, economiche) dal soggetto che l'ha di fatto subita ad un altro soggetto"¹²². Vi è una diversità tra questa concezione e quella prima definita come

¹²⁰ M. AMBROSOLI, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, Milano, 2012, p. 33.

¹²¹ M. FRANZONI, *Fatti Illeciti*, *supra*, p. 665.

¹²² C. SALVI, *La responsabilità civile*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di) *Trattato di Diritto Privato*, 1998, p. 245.

“ripristinatoria”: mentre quest’ultima mira a ripristinare lo *status quo ante* della vittima, la prima non intende tutelare l’assetto proprietario della vittima ma si concentra sul danno e, in particolare, sulla patrimonialità del danno. Infatti, è proprio il danno subito a costituire il limite entro il cui ammontare il risarcimento stesso può essere liquidato: “sul versante della vittima, tale funzione può definirsi, appunto, “compensativa”: in linea di principio, l’attore riceverà nulla di meno, e nulla di più, della perdita da lui subita e imputabile al convenuto”¹²³.

Questa funzione è propria di una perdita per la lesione di un bene stimabile con i valori del mercato, ed anche se il bene è un *unicum*, oppure si tratta di un credito o di un’aspettativa. Invero, il danno civile non si identifica con la lesione del bene in sé, ma con le conseguenze tipiche economicamente valutabili che si riflettono negativamente nel patrimonio del danneggiato, seppur inteso in senso lato.

E’ stato ribadito che la funzione meramente “riparatoria” della responsabilità è una “tutela minima” garantita dai principi dell’ordinamento giuridico¹²⁴ ma tale livello minimo può essere elevato dal legislatore per perseguire interessi vari a seconda delle circostanze. Ecco la ragione della convivenza nell’ambito del medesimo ordinamento giuridico di molteplici modelli di “responsabilità civile”.

Funzione compensativa a parte, però, è al contempo discussa in dottrina la possibilità che a tale funzione se ne aggiungano altre. In

¹²³ Ibidem, p. 245.

¹²⁴ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p. 170.

particolare, in questa sede, si prenderanno in considerazione la funzione di “deterrenza”, dunque di inibizione della riproposizione dell’illecito, e di “sanzione”, dunque punitiva, affinché venga colmato quel vuoto che il disvalore sociale dell’illecito commesso aveva creato e che non poteva considerarsi eliminato con il semplice trasferimento del costo dell’illecito dalla vittima all’autore dell’illecito¹²⁵.

Esistono almeno quattro ambiti in cui la dottrina ravvisa che la funzione della responsabilità civile esorbita i limiti di una funzione meramente compensativa, vale a dire nel caso in cui dagli illeciti non scaturisca un danno patrimoniale vero e proprio, nel caso di illeciti in cui l’arricchimento è superiore al danno, nel caso di illeciti in cui costi sociali sono superiori a quelli individuali e, infine, per sanzionare i c.d. “reati bagatellari”¹²⁶.

Per quanto concerne la funzione “deterrente” è necessario rilevare che essa è intimamente connessa a forme di responsabilità soggettiva e, come tali, all’elemento soggettivo della “colpa”. E’ chiaro, infatti, che in tanto un soggetto può essere disincentivato dal compiere una determinata azione in quanto la sua responsabilità è legata all’accertamento di una sua colpa. Al contrario, in caso di responsabilità oggettiva, l’obbligo di risarcimento del danno sorge per il semplice fatto che l’agente ha svolto una attività rischiosa, oppure perché – sulla base di una scelta di politica del diritto – l’agente appare il soggetto che meglio di altri può sopportare la traslazione del danno.

¹²⁵ G. ALPA, M. BESSONE, *I fatti illeciti*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato*, XIV, Torino, 1999, p. 42.

¹²⁶ P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, p. 3 e ss..

Inoltre, occorre rilevare che la deterrenza è strettamente collegata anche all'imprevedibilità della quantificazione del danno: quanto più il danno risulti imprevedibile nella sua quantificazione finale, tanto più avremo l'effetto di dissuadere l'inadempimento o la produzione dell'illecito extracontrattuale. Il potenziale *infringer*, infatti, "si trova a confrontare i costi dell'adempimento (a lui noti) con quelli dell'inadempimento (parzialmente ignoti) e, conseguentemente, supposto che sia un soggetto che prova avversione al rischio (come è per lo più), tenderà a preferire l'adempimento all'eventualità opposta. Dunque, l'incertezza del contenuto del risarcimento sembra giocare un ruolo nella funzione preventiva svolta dal rimedio"¹²⁷.

La funzione deterrente è molto utilizzata nelle argomentazioni dei giuristi che tentano di ricostruire il paradigma della responsabilità civile in termini di analisi economica del diritto. Per il tramite di una declinazione della responsabilità in chiave di strumento di deterrenza, si possono infatti produrre degli incentivi e dei disincentivi a operare per i soggetti di diritto (siano essi persone fisiche, giuridiche, professionisti, consumatori, ecc.).

Il punto di partenza di un tale approccio è quello per cui il costo di un'attività potenzialmente dannosa produce, da una parte, il disincentivo a operare se il soggetto agente considera che le conseguenze della propria attività siano più svantaggiose in relazione al costo atteso di un'eventuale azione risarcitoria da parte dei danneggiati e, dall'altra, l'incentivo a operare se il soggetto agente considera invece i potenziali vantaggi superiori agli svantaggi. Si potrebbe dire che, in questo secondo caso, il soggetto agente potrebbe

¹²⁷ M. AMBROSOLI, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, *supra*, p. 83.

ragionevolmente decidere di internalizzare il costo di un'eventuale azione risarcitoria a proprio carico. Anche per questo motivo, per tentare di rafforzare l'effetto deterrente del risarcimento del danno, in alcuni Paesi sono stati introdotti i “*punitive damages*” (v. paragrafi successivi).

Infine, la funzione sanzionatoria è quella individuabile nei modelli normativi di responsabilità che sono finalizzati a punire l'autore di un illecito. Modelli normativi di responsabilità in chiave sanzionatoria sono propri soprattutto di società in cui si avverte il potere accentratore dello stato¹²⁸ e di società in cui non è netta la distinzione tra responsabilità civile e responsabilità penale.

3.2 L'affermazione della natura polifunzionale della responsabilità civile.

Alla luce dell'analisi operata dalla dottrina sulla funzione del risarcimento del danno, è possibile affermare che la funzione compensativa è innegabilmente la tradizionale e primaria funzione della responsabilità civile ma non bisogna dimenticare che anche altre funzioni sono state prese in considerazione ed accettate. Pertanto, non è più possibile dire che la responsabilità civile ha soltanto una funzione ma, sebbene alcune possano essere più evidenti delle altre, bisogna ormai accettare la natura polifunzionale della stessa¹²⁹.

¹²⁸ G. ALPA, *La responsabilità civile*, *supra*, p. 160.

¹²⁹ M. SANTISE, *L'avvento della concezione polifunzionale della responsabilità civile e i limiti di ammissibilità dei c.d. danni punitivi*, disponibile al seguente link:

In Italia è intervenuta anche la giurisprudenza a sancire il definitivo tramonto della concezione monofunzionale della responsabilità civile. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, infatti, hanno riconosciuto che “accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo-riparatoria dell’istituto (che immancabilmente lambisce la deterrenza) è emersa una natura polifunzionale [...], che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva”¹³⁰. Un tale riconoscimento “risponde soprattutto a un’esigenza di effettività (cfr. Corte Cost. 238/2014 e Cass. n. 21255/13) della tutela che in molti casi [...] resterebbe sacrificata nell’angustia monofunzionale”¹³¹.

L’idea che il risarcimento del danno abbia altri scopi oltre alla sola compensazione appartiene anche all’ordinamento olandese. La sua natura polifunzionale, infatti, è dimostrata dalla previsione, in

<http://www.iurisprudenzia.it/lavvento-della-concezione-polifunzionale-della-responsabilita-civile-e-i-limiti-di-ammissibilita-dei-c-d-danni-punitivi/?print=pdf>; P.G. MONATERI, *Responsabilità civile in diritto comparato*, in *Dig. Sez. Civ.*, vol. XVII, Torino, 1998, p. 24; P. TRIMARCHI, *Illecito civile*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, p. 108; P. GIUDICI, *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, Milano, 2008, p. 65; G. ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, Roma-Bari, 2003, p. 289 ss.; G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, 1992, spec. pp. 25 ss.; L. MEURKENS, *The punitive damages debate in continental Europe: food for thought*, 2014, p. 12, disponibile al seguente link: <http://www.ssrn.com>. Cfr. anche quanto riportato da A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, ESI, Napoli, 2005, p. 224.

¹³⁰ Cass. Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601.

¹³¹ Pur riconoscendo la natura polifunzionale della responsabilità civile, le Sezioni Unite si affrettano, a precisare che “ciò non significa che l’istituto aquiliano abbia mutato la sua essenza e che questa curvatura deterrente/sanzionatoria consenta ai giudici italiani che pronunciano in materia di danno extracontrattuale, ma anche contrattuale, di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati”. Il potere del giudice nella concreta quantificazione del risarcimento deve fare i conti con precisi limiti normativi, sanciti a livello costituzionale. Invero le Sezioni Unite ricordano che “ogni imposizione di prestazione personale esige una “intermediazione legislativa”, in forza del principio di cui all’art. 23 Cost., (correlato agli artt. 24 e 25), che pone una riserva di legge quanto a nuove prestazioni patrimoniali e preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario”.

questo sistema, di danni restitutivi utili a far venire meno il profitto ottenuto dall'*infringer*, così come stabilito dall'articolo 6: 104 del codice civile. Lo sfaldamento del profitto ha lo scopo di impedire che l'*infringer* sia ingiustamente arricchito dal suo comportamento illecito¹³². Pertanto, l'attenzione è posta non solo sulla funzione compensativa del risarcimento ma anche su quella preventivo-punitiva dell'attività dell'autore della violazione.

Anche in Austria, Francia, Belgio e Germania è riconosciuta esplicitamente la funzione preventiva del risarcimento del danno, oltre alla funzione compensativa, la quale resta, in ogni caso, imprescindibile. Infatti, in nessuno di questi paesi, il risarcimento può essere concesso solo a scopo preventivo ma il riconoscimento dello stesso deve in ogni caso avere un obiettivo compensativo¹³³.

La funzione preventiva del risarcimento del danno, inoltre, non è rimasta inosservata neanche negli sforzi di armonizzazione europei. Infatti, l'articolo 10: 101 dei *Principles of European Tort Law* ("PETL")¹³⁴, rubricato "Natura e scopo del risarcimento dei danni", sottolinea che "il risarcimento dei danni consiste nel pagamento di una somma di denaro per rimettere il danneggiato, nei limiti in cui il denaro possa, nella posizione che avrebbe occupato se l'illecito non fosse stato commesso. Il risarcimento dei danni ha anche per scopo la prevenzione del danno". Dunque, anche in questo caso si evince la natura polifunzionale del risarcimento del danno.

¹³² Cfr. L. MEURKENS, *The punitive damages debate in continental Europe: food for thought*, *supra*, p. 12.

¹³³ Ibidem, p. 34.

¹³⁴ *Principles of European Tort Law*, disponibili al seguente link: <http://www.egtl.org>.

3.3 La funzione del risarcimento del danno negli ordinamenti di common law e i “punitive damages”.

Se negli ordinamenti europei di *civil law* la natura polifunzionale del risarcimento del danno ha soltanto di recente attratto l’attenzione della dottrina e della giurisprudenza, nei Paesi europei ed extraeuropei di *common law*, al contrario, tale natura è da sempre stata ritenuta insita nell’istituto del risarcimento del danno e, dunque, è stata da sempre riconosciuta e valorizzata.

Infatti, nei Paesi di *common law* al risarcimento del danno è attribuita una funzione compensativa, sanzionatoria e deterrente che si esplica attraverso gli istituti dei “*compensatory damages*” (necessari a compensare il danno subito) e dei “*punitive damages*” (in italiano: “danni punitivi” o, più correttamente, “risarcimenti punitivi”). Questi ultimi sono utilizzati soprattutto nel Regno Unito¹³⁵ (ad eccezione della Scozia¹³⁶), nella Repubblica d’Irlanda¹³⁷, a Cipro¹³⁸, negli Stati

¹³⁵ La prima sentenza che ha riconosciuto i danni punitivi è stata emessa in Inghilterra nel 1763 (*Huckle v. Money*, [1763] 2 Wils. 205, 95 Eng. Rep. 768 (K.B.)). In seguito, l’istituto dei danni punitivi è stato trapiantato negli Stati Uniti. Cfr. M. CAPPELLETTI, *Punitive Damages and the Public/Private Distinction: A Comparison Between the United States and Italy*, disponibile al seguente link: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:25818261>. Nell’ambito del diritto della concorrenza, la prima sentenza con la quale l’ *UK Competition Appeal Tribunal* (CAT) ha liquidato danni punitivi alla vittima di un abuso di posizione dominante è stata emessa il 5 luglio 2012 (caso 2 *Travel Group Plc v. Cardiff City Transport Services Limited*). V. anche V. il Report della Commissione Europea, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, United Kingdom*, disponibile al seguente link: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/national_reports/united_kingdom_en.pdf.

¹³⁶ La Scozia ha un ordinamento giuridico differente garantito dagli *Acts of Union* del 1707. Tale ordinamento non prevede risarcimenti punitivi poiché tutti i danni concessi devono corrispondere a una perdita subita dalla vittima. Le richieste di risarcimento in caso di danno derivante da violazioni della concorrenza, infatti, a norma del Competition Act del 1998 e dei seguenti emendamenti, non possono ricomprendere danni esemplari. Separatamente, la sezione 47C del Competition Act del 1998 vieta il riconoscimento di

Uniti e in Canada¹³⁹. Essi consistono nel riconoscimento al danneggiato di una somma ulteriore rispetto a quella strettamente necessaria a compensare il danno subito¹⁴⁰.

In particolare, nel diritto britannico, i risarcimenti punitivi contribuiscono, assieme al risarcimento meramente compensativo, a realizzare specifici obiettivi, quali quello di punire il colpevole per il suo comportamento, di distogliere la collettività da comportamenti socialmente dannosi, di ricompensare la parte lesa per l'impegno nell'affermazione del proprio diritto e di attribuire al danneggiato un

danni esemplari nei procedimenti collettivi. V. *Scottish Law Commission, Report on Damages for Wrongful Death*, Settembre 2008, in cui si legge: "Awards of damages are compensatory in nature, not punitive: the aim is to put the victim - or his family - in the position in which he would have been had he not been injured, so far as money can achieve this". V. anche C. MUNRO, J. MARSHALL, J. DUNNE, in S. MOBLEY (a cura di), *Private Antitrust Litigation 2018*, Baker McKenzie LLP, p. 118. Cfr. J. FULTON, *Litigation and enforcement in the UK (Scotland): overview*, Burness Paull LLP, disponibile al seguente link: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-593-3006?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-593-3006?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)).

¹³⁷ V. The law reform commission, *Consultation paper on aggravated, exemplary and restitutionary damages*, Aprile 1998, p. 59-78; *Competition Act 2002*, Sezione 14 (5)(b); Report della Commissione Europea, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, Ireland*, disponibile al seguente link: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/national_reports/ireland_en.pdf.

¹³⁸ V. il Report della Commissione Europea, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, Cyprus*, disponibile al seguente link: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/national_reports/cyprus_en.pdf.

¹³⁹ Cfr. J. Y. GOTANDA, *Punitive Damages: A Comparative Analysis*, Villanova University Charles Widger School of Law, aprile 2003; L. BAU, *The History and Treatment of Damages in Canada*, Lindsay LLP, disponibile al seguente link: <https://www.lindsayllp.ca/the-history-and-treatment-of-damages-in-canada/>; M. SCHIRIPPA, *I danni punitivi nel panorama internazionale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento?*, disponibile sul sito www.comparazioneDirittocivile.it, marzo 2017.

¹⁴⁰ Per ulteriori definizioni di "punitive damages", v. <http://www.businessdictionary.com/definition/punitive-damages.html> ("a Court awarded sum that is considerably or greatly higher than the measurable value of the injury. Punitive damages are meant not to compensate the aggrieved party but to punish the offending party for its reckless or unconscionable actions or conduct."); <http://www.dictionary.com/browse/punitive-damages> ("damages awarded to a plaintiff in excess of compensatory damages in order to punish the defendant for a reckless or wilful act.").

compenso ulteriore rispetto al risarcimento quando quest'ultimo appare inadeguato¹⁴¹.

Del pari, negli Stati Uniti (il cui modello viene qui preso in considerazione perché è da sempre stato ritenuto di ispirazione e di confronto sia per quel che concerne i risarcimenti punitivi sia in ambito di *antitrust enforcement*), in ipotesi di *tort*, ossia di responsabilità extracontrattuale¹⁴², i giudici possono imporre *punitive* o *exemplary damages* oltre ai *compensatory damages*, qualora il danneggiante abbia agito con *malice* (dolo) o *gross negligence* (colpa grave)¹⁴³. Alla funzione risarcitoria, tipica del rimedio per illecito civile, si affianca, quindi, una finalità punitiva e di deterrenza tipica della sanzione penale. Non solo, ma il risarcimento esemplare – secondo parte della dottrina statunitense¹⁴⁴ – assurge anche a strumento di regolazione pubblicistica per la prevenzione delle condotte dannose, in quanto un privato cittadino che sia stato vittima, ad esempio, di una violazione antitrust, può assumere la posizione di

¹⁴¹ M. SCHIRIPA, *I danni punitivi*, *supra*. L'autore sottolinea, infatti, che non si pone nessun problema nel momento in cui i giudici inglesi si trovano a dover riconoscere una sentenza di condanna americana che sia stata emessa a seguito di un giudizio in cui il danneggiato abbia agito a titolo personale, mentre il riconoscimento viene escluso quando la vittima abbia agito come pubblico ministero privato (ad esempio in materia antitrust). Sul punto, C. CROFF, *La prassi giudiziaria statunitense antitrust e il Protection of interests Trading Act del Regno Unito*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1981, p. 600 ss.

¹⁴² I *punitive damages* dovrebbero essere riconosciuti soltanto quando il fatto riprovevole commesso dal danneggiante integri un'ipotesi regolata dalla *law of tort* e non dovrebbero essere riconosciuti nelle ipotesi di inadempimento contrattuale; tuttavia, questo principio ha subito molte deroghe nel tempo. Cfr. G. SPOTO, *I danni punitivi e il risarcimento del danno ambientale*, in F. ALCARO E ALTRI (a cura di), *Valori della persona e modelli di tutela contro i rischi ambientali e genotossici*, Firenze University Press, 2008, p. 351.

¹⁴³ F. BENATTI, *Correggere e punire: dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008, p. 130 ss.; G. SPOTO, *I danni punitivi e il risarcimento del danno ambientale*, *supra*, p. 350 e ss.

¹⁴⁴ M. CAPPELLETTI, *Punitive Damages*, *supra*, p. 807; M. GALANTER, D. LUBAN, *Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism*, in *American University Law Review*, vol. 42, 1993, p. 1393, 1397-99.

parte pubblica (c.d. *Private Attorney General*, una sorta di pubblico ministero) ed elevare la propria pretesa punitiva nei confronti delle condotte socialmente indesiderate¹⁴⁵.

Nell'ambito del diritto della concorrenza statunitense, in particolare, è prevista una peculiare forma di risarcimento del danno con finalità sovra-compensativa, deterrente e punitiva¹⁴⁶: i “*treble damages*”¹⁴⁷, i quali consistono in una somma pari a tre volte l'ammontare dei danni subiti che il giudice riconosce automaticamente al danneggiato. Questo istituto nasce innanzitutto per incoraggiare il privato ad agire in giudizio per far rispettare le leggi antitrust¹⁴⁸ e per risarcire adeguatamente le vittime di comportamenti anticoncorrenziali, ma sortisce anche gli ulteriori effetti di punire il danneggiante e di disincentivare la collettività dall'intraprendere condotte anticoncorrenziali¹⁴⁹. Tali molteplici obiettivi dei “*treble*

¹⁴⁵ Sul punto, v. J. A. RABKIN, *The secret life of the Private Attorney General*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 61: n.1, p. 196; R. C. MEURKENS, *Punitive Damages - The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe*, in *Kluwer*, 2014, p. 27 e ss. e 189 e ss.; M. SCHIRIPA, *I danni punitivi*, *supra*; P. IANNUCELLI, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'Unione europea e la Direttiva 2014/104*, Milano, 2015, p. 226.

¹⁴⁶ Si discute in dottrina sul rapporto tra “*punitive damages*” e “*treble damages*”. Per alcuni essi si pongono in una relazione di *genus ad speciem*, per altri gli uni escludono gli altri. Sul punto, v. American Bar Association, Antitrust Section, *Punitive Damages and Business Torts*, 1998, p. 18; American Bar Association, Antitrust Section, *Treble-Damages Remedy*, monograph n. 13, 1986, p. 13. In giurisprudenza è stato affermato che l'applicazione di “*treble damages*” esclude quella di “*punitive damages*”: v. sentenza dell'US District Court for the Southern District of New York, *Hansen Packing Co. v. Armour & Co.*, 16 F. Supp. 784, 788, S.D.N.Y., 30 luglio 1936.

¹⁴⁷ *Clayton Act*, 15 U.S.C.A., paragrafo 12 e ss., 1982.

¹⁴⁸ AA. VV., *The Antitrust Treble Damages Remedy*, in *William Mitchell Law Review*, vol. 9, n. 2, 1983, Articolo 9; E.D. CAVANAGH, *Antitrust Remedies Revisited*, in *Oregon Law Review*, 2005, p. 150 e ss. e 169 e ss..

¹⁴⁹ V. Sentenza della Suprema Corte degli Stati Uniti *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 635 (1985), in cui si legge che i “*treble damages*” creano “*a crucial deterrent to potential violators*”. Cfr. B. BAER, *Public and Private Antitrust Enforcement in the United States*, febbraio 2014, disponibile al seguente link: <https://www.justice.gov/atr/file/517756/download>; W. P.J. WILS, *The Relationship between*

damages” sono stati più volte sottolineati anche dalla Corte Suprema statunitense¹⁵⁰.

3.4 Prima conclusione.

Al termine di questa analisi sulla funzione attribuita al risarcimento del danno nei vari ordinamenti di *civil law* e di *common law*, è possibile concludere che oggi il riconoscimento della sua natura polifunzionale è ampiamente diffuso non solo oltreoceano ma anche negli Stati membri dell’Unione europea.

Pertanto, la scelta del legislatore europeo nella Direttiva 2014/104/UE di attribuire al rimedio del risarcimento del danno antitrust una funzione esclusivamente compensativa, operata sulla base della volontà di attenersi alle tradizioni giuridiche prevalenti negli Stati membri, dovrebbe essere rivista. Infatti, tali tradizioni hanno attraversato una recente evoluzione e non possono più dirsi incentrate esclusivamente sulla funzione compensativa del risarcimento del danno, in quanto è emersa la rilevanza della funzione deterrente e sanzionatoria.

Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages, in *World Competition*, vol. 32, n. 1, marzo 2009, p. 17 e ss.; Directorate for financial and enterprise affairs competition committee, *Relationship between public and private antitrust enforcement*, giugno 2015, p. 2, disponibile al seguente link: https://www.ftc.gov/system/files/attachments/us-submissions-oecd-other-international-competition-fora/publicprivate_united_states.pdf.

¹⁵⁰ Cfr. Sentenza della Suprema Corte degli Stati Uniti *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth*, *supra*; Sentenza, *Perma Life Mufflers* 392 US 134, 139 (1968); sentenza *Illinois Brick v. Illinois*, 431 US 720, 746 (1977).

4. I risarcimenti punitivi nella giurisprudenza europea.

Sulla base della conclusione appena tratta, la quale si impone come nuovo presupposto per l'analisi della Direttiva 104, occorre adesso proseguire il discorso inerente ai risarcimenti punitivi.

Questi ultimi, come si è visto, sono largamente utilizzati – per quanto concerne gli Stati membri dell'Unione europea – nel Regno Unito (ad eccezione della Scozia), nella Repubblica d'Irlanda e a Cipro. In altri Paesi europei¹⁵¹, invece, i risarcimenti punitivi sono stati, almeno in un primo momento, ritenuti dalla giurisprudenza incompatibili con la disciplina nazionale sulla responsabilità civile¹⁵². In questi Paesi, infatti, come visto nei paragrafi precedenti, al risarcimento del danno era attribuita esclusivamente una funzione compensativa, sulla base del principio della *restitutio in integrum*, che si sostanzia nel ristabilire la stessa situazione in cui il danneggiato si sarebbe trovato se non vi fosse stata alcuna violazione, tramite il

¹⁵¹ Italia, Germania, Austria, Svizzera, Spagna, Francia, Belgio. Cfr. H. KOZIOL, *Punitive Damages - A European Perspective*, in *Louisiana Law Review*, vol. 68, n. 3, p. 750; T. ROUHETTE, *The availability of punitive damages in Europe: growing trend or nonexistent concept?*, in *Defense Counsel Journal*, vol. 74, n. 4, ottobre 2008, p. 322 e ss..

¹⁵² M. SCHIRIPA, *I danni punitivi*, *supra*; L. MEURKENS, *The punitive damages debate in continental Europe: food for thought*, Maastricht European Private Law Institute, Working Paper n. 2014/01, p. 10 e ss., disponibile al seguente link: <http://www.ssrn.com>; A. SARAVALLE, *I punitive damages nelle sentenze delle corti europee e dei tribunali arbitrali*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1993, p. 875; F. BORGIA, *Sentenza straniera di condanna a danni punitivi e ordine pubblico*, in *Studi in onore di Umberto Leanza*, Napoli, 2008, p. 851 e ss.. V., tra le altre, sentenza della Corte di Cassazione del 19 gennaio 2007, n. 1183/2007; sentenza del *Bundesgerichtshof* tedesco del 4 giugno 1992. Ad ogni modo, parte della dottrina italiana ha ritenuto di poter accostare al rimedio dei danni punitivi alcune ipotesi quali la responsabilità ex art. 96 c.p.c., il risarcimento del danno ambientale ex art. 18 della legge 349/1986, la clausola penale, il risarcimento danni ex art. 12 della legge sulla stampa. Sul punto, v. G. SPOTO, *I danni punitivi*, *supra*, p. 6. Posto il mancato riconoscimento dell'istituto dei danni punitivi, si pone il problema della delibabilità di una sentenza straniera recante condanna al risarcimento di danni punitivi, di recente decisa dalle Sezioni Unite della Suprema Corte italiana (Sez. Un. Civ., 5 luglio 2017, n. 16601).

materiale ripristino dello *status quo ante* o la corresponsione di una somma di denaro. Pertanto, in un sistema di tal fatta, i risarcimenti punitivi non trovavano spazio perché rispondenti ad una logica differente, vale a dire una funzione deterrente e punitiva del risarcimento del danno.

In alcuni di tali Paesi, però, parallelamente all'evoluzione dottrinale riguardante la natura della responsabilità civile, si è recentemente registrato un atteggiamento di maggiore apertura verso i risarcimenti punitivi da parte dei giudici nazionali, almeno per quanto attiene al riconoscimento di sentenze straniere che impongono una tale forma di sovra-compensazione del danno¹⁵³.

In Italia, ad esempio, la Corte di Cassazione aveva sancito l'estraneità dell'idea di punizione e di sanzione al sistema della responsabilità civile e del risarcimento del danno, ravvisandone l'unica funzione nella restaurazione della sfera patrimoniale del soggetto leso¹⁵⁴. Nel 2015, però, la stessa Suprema Corte ha messo in luce la compatibilità con i principi generali del nostro ordinamento della funzione sanzionatoria del risarcimento del danno, in considerazione degli interventi normativi che hanno via via attribuito al sistema risarcitorio un tale connotato¹⁵⁵, accanto a quello

¹⁵³ Cfr. G. ZARRA, *The doctrine of punitive damages and international arbitration*, in *Diritto del Commercio internazionale*, fasc. 4, 2016, p. 968; F. QUARTA, *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.4, 2016, p. 1159B; M. LOPEZ DE GONZALO, *La Corte di Cassazione cambia orientamento sui punitive damages*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc.3, 2017, p. 714.

¹⁵⁴ Sentenza della Corte di Cassazione civ., Sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183; Sentenza della Corte di Cassazione civ., Sez. I, 8 febbraio 2012, n. 1781.

¹⁵⁵ In questo senso, sono stati reputati indice della volontà del legislatore di superare la tradizionale ritrosia ad accordare un carattere *lato sensu* punitivo alla condanna risarcitoria: gli artt. 124, comma 2 e 131, comma 2, d.lgs. 30/2005 (che, in tema di brevetto e marchio, hanno preso il posto degli abrogati artt. 86 r.d. 1939/1927 e 66 r.d. 929/1942); l'art. 140, comma 7, d.lgs. 206/2005 (in materia di tutela dei consumatori); l'art. 709-ter, n. 1), n. 2) e

(comunque preponderante) compensativo-riparatorio. La natura non esclusivamente risarcitoria (e, dunque, anche sanzionatoria) della responsabilità civile ha poi trovato riscontro anche da parte della Corte Costituzionale¹⁵⁶. La definitiva inversione di rotta della giurisprudenza italiana, poi, è avvenuta nel 2017, quando le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno emesso una sentenza cruciale, con la quale hanno sancito che l'istituto dei risarcimenti punitivi non è ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano, fermo restando che l'efficacia di una sentenza straniera che contenga una simile pronuncia di condanna deve trovare fondamento in una base normativa che garantisca la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa e dei limiti quantitativi delle condanne irrogabili, nel rispetto del principio di legalità e di proporzionalità¹⁵⁷.

Anche l'ordinamento francese è diventato gradualmente meno ostile nei confronti dei risarcimenti punitivi. In effetti, la *Court de*

n. 4), c.p.c. (in materia di inadempimento degli obblighi di affidamento della prole) e molti altri. Cfr. MARCO LOPEZ DE GONZALO, *Proprietà intellettuale e danni punitivi di fronte alla Corte di giustizia europea*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc. 2, 2017, p. 436.

¹⁵⁶ Sentenza della Corte costituzionale, 11 novembre 2011, n. 303; sentenza della Corte costituzionale, 23 giugno 2016, n. 152.

¹⁵⁷ Sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite n. 16601 del 5 luglio 2017, con commento di M. LOPEZ DE GONZALO, *La Corte di Cassazione cambia orientamento sui punitive damages*, *supra*, p. 714, il quale sottolinea che “il terreno di valutazione delle sentenze di condanna al pagamento di *punitive damages* non è più quello della corrispondenza ad un certo modello di responsabilità civile, quanto quello del rispetto dei principi di «proporzionalità» e di «legalità»”; G. ZARRA, *L'ordine pubblico attraverso la lente del giudice di legittimità: in margine a Sezioni Unite 16601/17*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc.3, 2017, p. 722, il quale afferma che “avendo preventivamente valutato che – alla luce dell'attuale *status* dell'ordinamento italiano – la funzione sanzionatoria e deterrente non è estranea alla responsabilità civile così come esistente in Italia, non si può dire che una condanna a *punitive damages* che sia rispettosa dei principi di legalità e proporzionalità non possa essere accolta nel nostro ordinamento in quanto contraria all'ordine pubblico”; F. BENATTI, *Benvenuti danni punitivi... o forse no!*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc.5, 2017, p. 575; R. SAVOIA, *Le Sezioni Unite aprono la strada al riconoscimento in Italia di sentenze straniere che contengano risarcimenti punitivi*, in *Diritto & Giustizia*, fasc.118, 2017, p. 7.

Cassation ha annullato una decisione di un tribunale di grado inferiore che aveva sancito l'incompatibilità dei risarcimenti punitivi con l'ordine pubblico francese. La Corte Suprema, infatti, ha stabilito che i principi posti alla base del riconoscimento dei risarcimenti punitivi non sono di per sé contrari all'ordine pubblico, ma che l'incompatibilità può derivare dalla somma di denaro riconosciuta qualora essa non sia proporzionata al pregiudizio subito e alla violazione degli obblighi contrattuali. Pertanto, in linea di principio, i risarcimenti punitivi previsti da sentenze straniere possono essere riconosciuti in Francia, a meno che il loro ammontare non sia sproporzionato rispetto al danno subito¹⁵⁸.

Il riconoscimento dei risarcimenti punitivi è stato consentito anche in una sentenza spagnola in cui il *Tribunal Supremo* ha dichiarato che il diritto spagnolo non prevede una separazione rigorosa tra il sistema civile e quello penale ma, anzi, consente un grado minimo di sovrapposizione tra diritto civile (inteso come risarcimento) e diritto penale (inteso come punizione). In effetti, la Corte ha ricordato che nell'ordinamento giuridico spagnolo vige la dottrina "dell'intervento minimo", per cui bisogna contrastare la condotta indesiderata ricorrendo innanzitutto ad interventi correttivi meno invasivi quali le sanzioni civili, mentre le sanzioni penali dovrebbero essere utilizzate solo come rimedio estremo. Pertanto, i risarcimenti punitivi possono essere utilizzati per compensare le inadeguatezze del diritto penale, non ledendo né l'ordine pubblico né

¹⁵⁸ Sentenza della Corte di Cassazione francese, prima sezione civile, n. 1090 del 1 dicembre 2010.

il principio di proporzionalità¹⁵⁹. Nel testare il rispetto di quest'ultimo, in particolare, la Corte Suprema spagnola ha affermato che bisogna prendere in considerazione due elementi: la prevedibilità della condanna e la natura degli interessi protetti¹⁶⁰.

Per quanto riguarda le Corti europee, le posizioni sono divergenti: la Corte europea dei Diritti dell'Uomo ha costantemente respinto, anche in casi di gravi violazioni di diritti fondamentali garantiti dalla CEDU, le domande dei ricorrenti volte ad ottenere, oltre ai danni materiali e morali, una somma a titolo di risarcimento punitivo¹⁶¹; la Corte di giustizia dell'Unione europea, invece, ha stabilito che il risarcimento dovuto dallo Stato membro¹⁶² in caso di violazione del diritto dell'Unione deve essere commisurato al danno

¹⁵⁹ Sentenza della Suprema Corte spagnola (Tribunal Supremo), *Miller Import Corp. v. Alabastres Alfredo, S.L.*, del 13 novembre 2001 (Exequatur N. 2039/1999). Tuttavia, alcuni sostengono che la sentenza debba essere interpretata in maniera più restrittiva e limitatamente agli specifici fatti del caso. Cfr. J. DE BRUYNE, DE POTTER DE TEN BROECK AND VAN HIEL, *Policy within and through law: proceedings of the 2014 ACCA-conference. Maklu*, 2015, p. 218-221.

¹⁶⁰ Nel caso di specie, rispetto al primo criterio, è stato rilevato che i *treble damages* sono previsti *ex lege*, rispetto al secondo, invece, la Corte ha sostenuto che la tutela dei diritti di proprietà intellettuale è molto importante in un'economia di mercato ed è universalmente condivisa, per cui giustifica la concessione di un risarcimento punitivo. Cfr. C. VANLEENHOVE, *The Current European Perspective on the exequatur of U.S. Punitive Damages: Opening the gate But Keeping a guard*, in *Polish Year Book of International Law*, volume XXXV, 2015, p. 250-253.

¹⁶¹ Sentenza della Corte EDU, *Akdivar c. Turchia*, 1 Aprile 1998, n. 21893/93: "Having regard to the seriousness of the violations found, an award should be made. Claim for punitive damages dismissed"; sentenza della Corte EDU, *Selcuk e Asker c. Turchia*, 24 Aprile 1998, n. 30451/96; sentenza della Corte EDU, *Cable e altri c. Regno Unito*, 18 Febbraio 1999, n. 24436/94; sentenza della Corte EDU, *Gaygusuz c. Austria*, 16 Settembre 1996, n. 17371/90.

¹⁶² Diverso è il discorso relativo al risarcimento dei danni prodotti dall'attività dell'Unione europea. A tal proposito, occorre segnalare che nel gennaio 2017 l'Unione europea, per la prima volta nella storia, tramite il Tribunale di primo grado dell'Unione europea, ha condannato se stessa al risarcimento dei danni a causa della violazione del termine ragionevole di giudizio, che ha provocato non solo un danno materiale ma anche un danno morale nei confronti di alcune società (Causa T-577/14, *Gascogne Sack Deutschland GmbH e Gascogne contro Corte di giustizia dell'Unione europea*, EU:T:2017:1). In tale sede, però, il Tribunale non ha avuto occasione di esprimersi sulla possibilità di riconoscere risarcimenti punitivi in quanto le parti non ne hanno fatto richiesta.

subito, ma ha anche stabilito che i risarcimenti punitivi non possono essere esclusi se riconosciuti in un reclamo o in un'azione analoghi fondati sul diritto interno¹⁶³.

Con particolare riguardo al diritto della concorrenza, la Corte di giustizia ha dapprima affermato, nella sentenza *Courage*, la compatibilità con il diritto dell'Unione del divieto di arricchimento senza causa, il che sembrava escludere la possibilità per il giudice nazionale di infliggere risarcimenti punitivi¹⁶⁴. Nella successiva sentenza *Manfredi*¹⁶⁵, invece, la Corte ha sancito la possibilità per il giudice nazionale di incrementare il risarcimento a fini deterrenti, ossia in assenza di connessione con l'ammontare del danno effettivamente subito dalla vittima. A tal fine, in mancanza di una disciplina dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i criteri per la determinazione dell'entità del risarcimento del danno derivante da illeciti *antitrust*, nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività¹⁶⁶. Pertanto, secondo la Corte di giustizia, “una forma particolare di risarcimento, qual è il risarcimento esemplare o

¹⁶³ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, Caso C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA contro Bundesrepublik Deutschland e The Queen contro Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri*, EU:C:1996:79, punto 90. Tale principio è espressione del principio di equivalenza, per cui la tutela dei diritti attribuiti ai singoli da norme dell'Unione non deve essere meno favorevole di quella prevista per i diritti conferiti da norme nazionali.

¹⁶⁴ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, causa C-453/99, *Courage Ltd contro Bernard Crehan e Bernard Crehan contro Courage Ltd e altri*, EU:C:2001:465, punto 30: “il diritto comunitario non osta a che i giudici nazionali vigilino affinché la tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario non comporti arricchimento senza giusta causa degli aventi diritto”.

¹⁶⁵ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, cause riunite C-295/04 a C-298/04, *Vincenzo Manfredi contro Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA e altri*, EU:C:2006:461.

¹⁶⁶ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, cause riunite C-295/04 a C-298/04, *Manfredi, supra*, punti 92 e 98.

punitivo, deve poter essere riconosciuta nell'ambito di azioni fondate sulle regole comunitarie di concorrenza, qualora possa esserlo nell'ambito di azioni analoghe fondate sul diritto interno”¹⁶⁷.

5. Divieto di risarcimenti punitivi nella Direttiva 2014/104/UE.

La Direttiva Danni assume una posizione netta sulla questione dei risarcimenti punitivi, in quanto esclude tassativamente ogni forma di sovra-compensazione.

L'articolo 3, paragrafo 2, infatti, nel prevedere che il diritto al pieno risarcimento comprende il danno emergente ed il lucro cessante, oltre al pagamento degli interessi, non ammette il riconoscimento di somme ulteriori a titolo di risarcimento punitivo¹⁶⁸. Tale disposizione – proprio come la Comunicazione sulla quantificazione del danno¹⁶⁹ – infatti, precisa che “il pieno risarcimento pone una persona che abbia subito un danno nella situazione in cui si sarebbe trovata se la violazione del diritto della concorrenza non fosse stata commessa”.

Di analogo tenore è l'articolo 3 paragrafo 3, che esclude categoricamente la possibilità che il risarcimento conduca “ad una sovra-compensazione del danno subito, sia sotto forma di risarcimento

¹⁶⁷ Ibidem, punto 93.

¹⁶⁸ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, cause riunite C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, *supra*, punto 100.

¹⁶⁹ Comunicazione della Commissione relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, OJ C 167, 13.6.2013, p. 19–21, punto 6, in cui si legge che “[r]isarcire il danno subito significa ristabilire, per i soggetti danneggiati, la stessa situazione in cui si sarebbero trovati se non vi fosse stata alcuna violazione dell'articolo 101 o 102 del TFUE”.

punitivo che di risarcimento multiplo o di altra natura”. Tale esclusione è ribadita dal considerando n. 13 della Direttiva: “*fatto salvo il risarcimento del danno da perdita di opportunità, il pieno risarcimento a norma della presente direttiva non dovrebbe comportare una sovra-compensazione, che sia a titolo di risarcimento punitivo, multiplo o di altra natura*”.

Soltanto il considerando n. 12 della Direttiva, potrebbe dare adito a qualche dubbio circa l’ammissibilità dei risarcimenti punitivi, in quanto afferma che: “la direttiva ribadisce l’*acquis* comunitario relativo al diritto di ottenere un risarcimento per il danno causato da violazioni del diritto della concorrenza dell’Unione, in particolare per quanto riguarda [...] *la definizione di danno, come statuito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia*”.¹⁷⁰ Il richiamo alla giurisprudenza della Corte, ed in particolare alla sentenza *Manfredi*, potrebbe consentire l’ammissione di risarcimenti punitivi nell’ambito di azioni fondate sulle regole comunitarie di concorrenza, almeno quando gli stessi siano riconosciuti nell’ambito di analoghe azioni fondate sul diritto interno.

Tuttavia, alla luce di una valutazione complessiva dell’atto legislativo europeo, non si può giungere ad una conclusione diversa se non che la Direttiva Danni esclude la possibilità di riconoscere risarcimenti punitivi.

¹⁷⁰ Corsivo aggiunto.

6. *Alcune riflessioni sull'esclusione dei risarcimenti punitivi dal private antitrust enforcement.*

Il percorso che ha condotto alla scelta di non ammettere i risarcimenti punitivi nella Direttiva Danni è stato tortuoso e controverso¹⁷¹. Nel Libro verde del 2005, infatti, la Commissione aveva affermato che, a determinate condizioni, sarebbe stato opportuno consentire al giudice di raddoppiare automaticamente la somma corrisposta a titolo di risarcimento in caso di cartelli orizzontali¹⁷². Tale proposta nasceva dall'intento di fornire un incentivo al *private enforcement* del diritto della concorrenza ed era evidentemente ispirata ai “*treble damages*” della disciplina antitrust statunitense. Tre anni dopo, nel Libro bianco¹⁷³, tale proposta scomparve, in quanto l'obiettivo principale era quello di migliorare le condizioni per l'esercizio del diritto al risarcimento di tutti i danni subiti a seguito di una violazione delle norme antitrust e, dunque, il principio guida di questo documento era l'idea di un risarcimento completo¹⁷⁴. Eppure, nel documento di lavoro che accompagnava il Libro bianco¹⁷⁵, la Commissione aveva ricompreso i risarcimenti punitivi nell'*acquis communautaire*, precisando che la Corte non li aveva ritenuti contrari all'ordine pubblico europeo e che, pertanto, a condizione che fossero aggiudicati in base ai principi generali del

¹⁷¹ Cfr. C. VANLEENHOVE, *Punitive damages and European Law, quo vademus?*, disponibile al seguente link: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2054595.

¹⁷² Libro Verde sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM/2005/0672 def., punto 2.3.

¹⁷³ Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, 2-4-2008, COM(2008) 165 def.

¹⁷⁴ Ibidem, punto 1.2.

¹⁷⁵ Commission staff working paper accompanying the White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC/2008/0404 final.

diritto comunitario – tra cui i diritti fondamentali – i risarcimenti punitivi fondati su una violazione delle regole di concorrenza europee non dovevano ritenersi vietati. La Commissione aveva altresì affermato che, sulla base del principio di equivalenza, il riconoscimento dei risarcimenti punitivi doveva essere possibile se gli stessi potevano essere concessi in base ad azioni simili fondate sulla legge nazionale e a condizioni non meno favorevoli¹⁷⁶. Tale impostazione, però, non è poi confluita nel testo definitivo della Direttiva.

Uno dei possibili motivi che hanno spinto il legislatore europeo ad operare questa scelta di non prevedere forme di sovra-compensazione è stato analizzato nei primi paragrafi di questo capitolo: probabilmente, posto che in un primo momento la giurisprudenza di molti Stati membri (ad eccezione del Regno Unito – Scozia esclusa –, della Repubblica d'Irlanda e di Cipro) non aveva riconosciuto i risarcimenti punitivi perché incompatibili con i sistemi basati sulla responsabilità civile, e che tale riconoscimento è avvenuto in alcuni Paesi solo di recente e comunque dopo l'entrata in vigore della Direttiva Danni, tale scelta sembra discendere dalla volontà di non discostarsi dalle tradizioni giuridiche prevalenti in quel momento storico negli Stati membri. A sostegno di questa tesi vi è parte della dottrina che ha ritenuto che il richiamo alle tradizioni giuridiche europee del Libro bianco sia stato fatto proprio per motivare il rifiuto di introdurre il risarcimento punitivo quale strumento di reazione al

¹⁷⁶ Ibidem, punti 198 e 199.

danno provocato dalla violazione delle regole di diritto della concorrenza¹⁷⁷.

Altri autori hanno avanzato la tesi secondo la quale il legislatore europeo avrebbe escluso i risarcimenti punitivi per tenere nettamente distinti il *public enforcement*, affidato alla Commissione europea e alle autorità garanti nazionali ed il *private enforcement*¹⁷⁸, affidato alle autorità giudiziarie nazionali, secondo la logica del doppio binario (*separate-tasks approach*)¹⁷⁹. Sulla base di questa ripartizione, il *public enforcement* dispone dei poteri dell'autorità pubblica, mentre il *private enforcement* deve servirsi dei soli strumenti di tutela civilistici, la cui funzione non deve essere snaturata¹⁸⁰. Pertanto, secondo i fautori di tale tesi, il legislatore europeo non avrebbe previsto i risarcimenti punitivi per non affidare al *private enforcement* la funzione punitiva e deterrente che, invece, spetta al *public enforcement*.

In conclusione, la Direttiva Danni, nel rispetto delle tradizioni giuridiche degli Stati membri e della logica del doppio binario, ha accolto una visione meramente compensativa della quantificazione del

¹⁷⁷ A. MONTANARI, *La resistibile ascesa del risarcimento punitivo nell'ordinamento italiano (a proposito dell'ordinanza n. 9978/2016 della Corte di Cassazione)*, in *Diritto civile contemporaneo*, 2 febbraio 2017.

¹⁷⁸ Cfr. O. PALLOTTA, *Public e private antitrust enforcement alla luce della direttiva 2014/104/UE: l'equilibrio alterato*, in *Studi sull'integrazione europea*, XII, 2017, p. 624.

¹⁷⁹ Così W. P.J. WILS, *The Relationship*, *supra*, p. 15; F. VALERINI, *Il giudizio di merito nell'azione antitrust*, in L. F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, 2013, p. 231.

¹⁸⁰ P. IANNUCELLI, *La responsabilità delle imprese*, *supra*, p. 222. Cfr. G. FONDERICO, *Private e Public enforcement*, in *Annali Italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, vol. XXIV, 2015, p. 11.

danno¹⁸¹, ed ha inteso rimettere la funzione deterrente al *public enforcement*.

7. La deterrenza nella Direttiva 2014/104/UE.

Per quanto concerne la deterrenza nella Direttiva 2014/104/UE, occorre innanzitutto precisare che la Commissione europea ha dichiarato a chiare lettere nel Libro bianco che l'obiettivo primario della riforma sul *private enforcement* è quello di assicurare una piena e completa compensazione delle vittime¹⁸² e che le conseguenze sul piano della deterrenza sono considerate solo come effetti indiretti del miglioramento della giustizia retributiva¹⁸³.

A tal proposito, è possibile osservare che vi sono alcuni strumenti dell'azione risarcitoria che sono stati effettivamente concepiti come mezzi tesi al miglioramento della giustizia retributiva

¹⁸¹ Cfr. Libro bianco, *supra*, il quale, afferma che: “[l]’obiettivo primario è migliorare i termini giuridici in base ai quali le vittime possono esercitare il diritto, loro garantito dal Trattato, al risarcimento di tutti i danni subiti in conseguenza della violazione delle norme comunitarie antitrust. Il risarcimento completo è dunque il primo e più importante principio guida”. E ancora: “[i]l miglioramento della giustizia retributiva produrrebbe pertanto di per sé conseguenze positive anche in termini di effetto deterrente per le infrazioni future e di maggiore rispetto delle norme antitrust comunitarie” (punto 1.2). Cfr. S. BASTIANON, *I costi delle azioni risarcitorie antitrust*, in *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, p. 140.

¹⁸² “L’obiettivo primario del Libro bianco è migliorare i termini giuridici in base ai quali le vittime possono esercitare il diritto, loro garantito dal Trattato, al risarcimento di tutti i danni subiti in conseguenza della violazione delle norme comunitarie antitrust. Il risarcimento completo è dunque il primo e più importante principio guida” (Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, *supra*, par. 1.2).

¹⁸³ “Il fatto che i privati dispongano di mezzi d’azione efficaci aumenta inoltre la probabilità che venga individuato un maggior numero di limitazioni illegali della concorrenza e che gli autori dell’infrazione vengano considerati responsabili della stessa. Il miglioramento della giustizia retributiva produrrebbe pertanto *di per sé* conseguenze positive anche in termini di effetto deterrente per le infrazioni future e di maggiore rispetto delle norme antitrust comunitarie” (*ibidem*).

ma che in realtà sortiscono anche effetti deterrenti¹⁸⁴. In questo senso, si fa riferimento alla presunzione di danno in caso di violazioni consistenti in cartelli (in base alla quale se è dimostrata l'esistenza del cartello si presume che sia stato commesso il danno)¹⁸⁵, alla relativa inversione dell'onere della prova¹⁸⁶, alla possibilità riconosciuta espressamente all'autorità giudiziaria di stimare l'ammontare del danno, qualora sia impossibile o eccessivamente difficile quantificarlo con esattezza¹⁸⁷, nonché alla presunzione *iuris tantum* dell'avvenuto trasferimento del sovrapprezzo che si applica nel caso di acquirente indiretto¹⁸⁸.

Tali strumenti servono innanzitutto a mettere i danneggiati in condizione di poter effettivamente esercitare il loro diritto al risarcimento e a garantire loro il diritto alla piena compensazione del danno subito, il che appare tanto più necessario in casi, quali quelli dei danni *antitrust*, ove si tratta di danni “seriali” di difficile rappresentazione e quantificazione in capo ai singoli danneggiati, soprattutto nel caso di pratiche di sfruttamento¹⁸⁹. Infatti, la difficoltà nel rappresentare tali danni è dovuta al fatto che si tratta di danni aventi una conformazione particolare ed essenzialmente di natura intangibile¹⁹⁰ e che solo in parte (o solo per alcuni dei danneggiati) corrispondono, per esempio, al sovrapprezzo pagato ovvero alle

¹⁸⁴ Sul punto, cfr. M. TODINO, *Il danno risarcibile*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, vol. XXIV, 2015, p. 15 e ss..

¹⁸⁵ Articolo 17, Direttiva 2014/104/UE.

¹⁸⁶ Ibidem.

¹⁸⁷ Ibidem.

¹⁸⁸ Articolo 14, Direttiva 2014/104/UE.

¹⁸⁹ G. TADDEI ELMI, *Il risarcimento dei Danni antitrust tra compensazione e deterrenza*, *supra*, p. 219-220.

¹⁹⁰ A. GENOVESE, *Funzione e quantificazione del risarcimento. Considerazioni relative al danno da illecito antitrust*, in M. MAUGERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, p. 217.

deteriori condizioni economiche sostenute. La difficoltà nel quantificarli, invece, deriva dal fatto che si tratta di danni che, seppur esistenti e di relativa facile individuazione a livello aggregato, diventano assai più difficili da quantificare a livello del singolo danneggiato.

Pertanto, il legislatore europeo ha agevolato l'esercizio del diritto al risarcimento predisponendo i mezzi sopracitati.

In particolare, concedendo all'autorità giudiziaria la possibilità di stimare l'ammontare del danno, qualora sia impossibile o eccessivamente difficile portare a termine con esattezza questa operazione, il legislatore ha addossato sull'autore dell'infrazione il rischio che la concreta quantificazione del risarcimento non sia perfettamente equivalente al danno patrimoniale dimostrabile in giudizio, ma anzi possa essere anche superiore a quello ovvero possa essere ragionevolmente approssimato. Tale rischio crea ovviamente anche un effetto deterrente¹⁹¹.

Inoltre, è stata introdotta la presunzione di danno in caso di violazioni consistenti in cartelli con la relativa inversione dell'onere della prova, per cui basta dimostrare l'esistenza del cartello per far presumere che il danno sia stato procurato, senza bisogno di dover provare che sussista un nesso di causalità tra violazione e danno. Sarà poi l'autore della violazione a dover fornire prova contraria a tale presunzione. Anche queste due previsioni, dunque, agevolano le vittime nell'ottenimento del risarcimento e, pertanto, scoraggiano le imprese dal costituire cartelli in futuro.

¹⁹¹ G. TADDEI ELMI, *Il risarcimento dei Danni antitrust tra compensazione e deterrenza*, *supra*, p. 220-221.

In tema di nesso di causalità, peraltro, occorre ricordare che, sempre nell'ottica della facilitazione delle vittime nell'esercizio del diritto al risarcimento, vi è stata un'evoluzione in senso estensivo di tale concetto da parte della Corte di giustizia, confluita poi nella Direttiva 104. Tale evoluzione si è basata sulla difficoltà nel dimostrare l'esistenza del nesso causale da parte dei consumatori, difficoltà che ha portato la dottrina a parlare addirittura di *probatio diabolica*¹⁹².

In un primo momento, infatti, la Corte di giustizia aveva affermato che: “chiunque ha il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito *quando esiste un nesso di causalità tra tale danno e un'intesa o pratica vietata dall'art. [101 TFUE]*”¹⁹³ (sentenza *Manfredi*). Tuttavia, in alcuni Stati membri come l'Italia, le corti hanno abbracciato un'interpretazione orientata molto più a proteggere gli interessi delle parti danneggiate. La Corte di Cassazione italiana, in particolare, ha sostenuto che “quanto [...] al nesso causale, il giudice potrà accertarne l'esistenza [...] in termini probabilistici o presuntivi” ma deve consentire all'*infringer* di dar prova contro le presunzioni o contro la sequenza probabilistica posta a base del ragionamento che fa derivare il danno dall'intesa illecita¹⁹⁴.

In un secondo momento, la Corte di giustizia ha notevolmente ampliato la nozione di nesso causale con l'obiettivo di assicurare *l'effet utile* della normativa UE sulla concorrenza, statuendo che: “la

¹⁹² O. PALLOTTA, *Deterrence against cartels: an overview on the presumption of harm and on punitive damages after 60 years of EU competition law*, in R. MASTROIANNI e A. ARENA (a cura di), *60 years of eu competition law: stocktaking and future prospects*, Napoli, 2017, p. 131.

¹⁹³ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, cause riunite C-295/04 a C-298/04, *Vincenzo Manfredi*, *supra*, p. 61.

¹⁹⁴ Sentenza della Corte di Cassazione del 2 febbraio 2007, n. 2305.

piena effettività dell'articolo 101 TFUE sarebbe rimessa in discussione se il diritto di chiunque di chiedere il risarcimento del pregiudizio subito fosse subordinato dalla normativa nazionale, in termini categorici e a prescindere dalle specifiche circostanze della specie, alla sussistenza di un nesso di causalità diretta, escludendo tale diritto nel caso in cui il soggetto interessato abbia intrattenuto rapporti contrattuali non con un membro dell'intesa, bensì con un'impresa ad essa non aderente, la cui politica in materia di prezzi sia tuttavia conseguenza dell'intesa che ha contribuito a falsare i meccanismi di formazione dei prezzi operanti in mercati retti da regime di concorrenza"¹⁹⁵ (sentenza *Kone*). Dunque, la nozione di nesso causale è stata ampliata ed ha incluso il danno indiretto. Sulla base di questa giurisprudenza, è stato introdotto nella Direttiva 104 l'ultimo strumento qui in commento teso ad agevolare l'esercizio del diritto al risarcimento ma che, allo stesso tempo, ha anche effetto deterrente: la presunzione *iuris tantum* dell'avvenuto trasferimento del sovrapprezzo che si applica nel caso di acquirente indiretto.

8. *La quantificazione del danno antitrust e la deterrenza nel d.lgs. n. 3/2017.*

Il d.lgs. n. 3/2017 che recepisce nell'ordinamento italiano la Direttiva Danni, in perfetta attuazione dell'art. 3 della stessa, enuncia all'art. 1, comma 2, gli elementi tipici che costituiscono il *quantum* risarcitorio (danno emergente, lucro cessante ed interessi),

¹⁹⁵ Causa C-557/12, *Kone AG e altri contro ÖBB-Infrastruktur AG*, EU:C:2014:1317, p. 33.

sottolineando che ogni forma di sovra-compensazione deve ritenersi esclusa.

L'art. 14 del decreto, poi, regola la quantificazione del danno rinviando alle norme del codice civile rilevanti in materia. A tal proposito, occorre ricordare che la questione della quantificazione dei danni nelle cause in materia di concorrenza è molto delicata in quanto, come sottolineato nella Direttiva 104, essa richiede una complessa analisi¹⁹⁶. Per questo motivo, l'ordinamento italiano ha disposto il ricorso ai principi generali del sistema risarcitorio in tema di quantificazione (art. 14, comma 1 del decreto) ma ha anche introdotto una nuova soluzione¹⁹⁷.

In particolare, l'art. 14, comma 3 del d.lgs. n. 3/2017 introduce la possibilità per il giudice del risarcimento di far ricorso all'*expertise* dell'Autorità di concorrenza “formulando specifiche richieste sugli orientamenti che riguardano la quantificazione del danno”. Si tratta di una disposizione innovativa per l'ordinamento giuridico italiano nel quale non esisteva alcuna norma che attribuisse all'Autorità il ruolo di *amicus curiae*¹⁹⁸. Inoltre, tale disposizione ha efficacia deterrente nei confronti dei soggetti che intendono intraprendere condotte anticoncorrenziali sul mercato, in quanto riduce la possibilità che il

¹⁹⁶ V. Considerando 45 della Direttiva 2014/104/UE: “La quantificazione dei danni nelle cause in materia di concorrenza è un processo che richiede l'analisi di un gran numero di elementi fattuali e che può esigere l'applicazione di modelli economici complessi. Ciò è spesso molto costoso e gli attori incontrano difficoltà nell'ottenere i dati necessari a comprovare le loro domande. La quantificazione dei danni nelle cause in materia di concorrenza può quindi costituire un considerevole ostacolo che impedisce l'efficacia delle domande di risarcimento”.

¹⁹⁷ Cfr. C. CARLI, *La quantificazione dei danni da illeciti antitrust nel D.lgs. 3/2017: istruzioni per l'uso*, in B. SASSANI (a cura di), *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017*, n. 3, 2017, p. 195-231.

¹⁹⁸ M. TODINO, *Il danno risarcibile*, *supra*, p. 27.

giudice civile quantifichi il danno causato in misura minore rispetto a quanto effettivamente dovuto.

Il ricorso all'Autorità di concorrenza potrebbe essere equiparato alla consulenza tecnica d'ufficio (C.T.U.), in quanto entrambi questi strumenti operano quale ausilio tecnico del giudice civile e sono volti alla più "approfondita conoscenza dei fatti già provati dalle parti, la cui interpretazione però richiede nozioni di scienza specialistica"¹⁹⁹.

Inoltre, la collaborazione tra i due soggetti risponde a "specifiche richieste" del giudice, per cui è possibile interpretare la norma nel senso che quest'ultimo può ma non deve necessariamente rivolgersi all'Autorità. Allo stesso modo, l'Autorità non è vincolata dalla richiesta formulata dal giudice del risarcimento, in quanto la seconda parte del comma 3 dell'art. 14 del decreto stabilisce che la stessa può rifiutare l'assistenza per "salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza"²⁰⁰.

Per quanto concerne, infine, l'efficacia delle valutazioni espresse dall'Autorità, in ossequio ai principi di indipendenza del giudizio, di libera valutazione delle prove e di libera determinazione del giudice, è da ritenersi che tali interventi non siano vincolanti per il giudice²⁰¹.

¹⁹⁹ R. CAIAZZO, *L'azione risarcitoria, l'onere della prova*, *supra*, p. 336. L'autore afferma che: "emerge con evidenza la funzione e l'utilità [della C.T.U.] specie in relazione alla quantificazione del danno subito in conseguenza di un illecito *antitrust* che spesso implica l'utilizzo di nozioni tecniche ed in generale il ricorso a prove economiche di particolare complessità".

²⁰⁰ Cfr. G. BRUZZONE, A. SAIJA, *Verso il recepimento della Direttiva*, *supra*, p. 31.

²⁰¹ V. R. CAIAZZO, *L'azione risarcitoria, l'onere della prova*, *supra*, p. 336-337; G. BRUZZONE, A. SAIJA, *Verso il recepimento della Direttiva*, *supra*, p. 31.

Un altro strumento deterrente previsto dal d.lgs. è la presunzione di danno in caso di violazioni consistenti in cartelli con la relativa inversione dell'onere della prova. Tale presunzione, di cui all'articolo 14, comma 2, è stata introdotta in attuazione dell'articolo 17, paragrafo 2 della Direttiva 104, per risponde all'esigenza di facilitare la difficile prova della sussistenza del danno derivante da cartelli, e, di conseguenza, scoraggiare la costituzione degli stessi.

9. Sull'opportunità di prevedere risarcimenti punitivi nel private antitrust enforcement. Una possibile soluzione.

Gli strumenti previsti dalla Direttiva 104 e dal d.lgs. n. 3/2017 appena analizzati, volti ad assicurare una piena e completa compensazione delle vittime e a svolgere – di riflesso – funzione deterrente, seppur non innovativi, assicurano un certo livello di protezione per gli individui. Tale tutela, peraltro, potrebbe essere significativamente più intensa se la Direttiva prevedesse la possibilità, per i giudici nazionali, di liquidare danni a titolo punitivo ove necessario. Infatti, nell'ambito della concorrenza, risarcire esclusivamente i danni patiti potrebbe non far venir meno i profitti realizzati dagli autori dell'infrazione, incentivando così questi ultimi a ripetere la condotta vietata²⁰². Questo pericolo potrebbe essere

²⁰² In effetti, in dottrina si è sottolineato che i cartelli hanno la proprio la caratteristica, da una parte, di consentire agli autori dell'illecito di realizzare ingenti guadagni e , dall'altra, di causare alla numerose vittime un danno individuale relativamente insignificante (*small and dispersed claims*). Sul punto, cfr. R. CHIEPPA, *La cooperazione tra giudice italiano, l'Autorità garante e la Commissione europea*, in G. TESAURO (a cura

scongiurato con il riconoscimento di un risarcimento ulteriore punitivo.

A tal proposito, è stato rilevato come questa soluzione possa avere delle controindicazioni²⁰³. Se da un lato, infatti, è vero che forme di risarcimento punitivo come i “*treble damages*” statunitensi possono risultare appropriati per quanto riguarda il livello di deterrenza in caso di condotte illecite occulte (ad esempio, fissazione dei prezzi, divisione dei mercati e boicottaggi collettivi), data la ragionevole probabilità che la condotta incriminata non venga scoperta e dunque punita, dall’altro è anche vero che i risarcimenti punitivi possono creare problemi di deterrenza eccessiva (c.d. “*overdeterrence*”) nei casi di condotte illecite palesi (ad esempio, nel caso del *tying* o dei sovrapprezzi monopolistici), con la dannosa conseguenza che le condotte pro-competitive, e quindi legali, potrebbero essere scoraggiate per paura di essere condannati al pagamento di cifre considerevoli a titolo di risarcimento. Il livello di deterrenza appropriato, secondo questa parte di dottrina, dovrebbe essere determinato sulla base della probabilità che la condotta illecita venga scoperta, ma ciò è molto difficile da stabilire²⁰⁴.

Pertanto, per evitare i problemi di sovra-compensazione ingiustificata e di *overdeterrence* che possono derivare dal riconoscimento da parte del giudice di un risarcimento pari ad una

di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell’Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 319.

²⁰³ Cfr. E.D. CAVANAGH, *Antitrust Remedies Revisited*, *supra*, p. 171; P. BUCCIROSSI, L. CIARI, T. DUSO, G. SPAGNOLO, C. VITALE, *Deterrence in competition law, Governance and the efficiency of economic system*, Working Paper n. 285, ottobre 2009, disponibile al seguente link:

<https://pdfs.semanticscholar.org/b7bd/197aeb3863247b307aba98225d60a0c5e312.pdf>.

²⁰⁴ E.D. CAVANAGH, *Antitrust Remedies Revisited*, *supra*, p. 171.

somma fissa che prescinde dal tipo di condotta illecita intrapresa (come nel caso dei “*treble damages*”), la Direttiva Danni dovrebbe consentire al giudice di operare una valutazione caso per caso. A seguito di tale valutazione, lo stesso giudice dovrebbe poter disporre, preferibilmente sulla base di un’analisi economica del diritto, il pagamento di una somma ulteriore a quella atta a compensare il danno subito, che sia utile a risarcire le eventuali ulteriori spese affrontate dalla vittima, che faccia venire meno tutti i profitti conseguiti dal danneggiante e che abbia un effetto deterrente, dissuadendo la collettività dall’intraprendere analoghe condotte anti-competitive in futuro.

In effetti, se da un lato è vero che il risarcimento dei danni è chiamato a svolgere anzitutto una funzione compensativa, e che non bisogna invadere il campo riservato al *public enforcement*, dall’altro è vero che la funzione deterrente del risarcimento non può essere trascurata e dovrebbe anzi assurgere ad obiettivo, sia pur secondario, del sistema di *private antitrust enforcement*.

Un ulteriore motivo a sostegno di questa tesi risiede nel fatto che le autorità pubbliche di concorrenza potrebbero non essere sempre in grado di accertare e punire le condotte anticoncorrenziali. L’attività di indagine ed il perseguimento di tali condotte comporta costi talvolta molto elevati²⁰⁵. Con il *private enforcement*, allora, potrebbe colmarsi, attraverso la previsione di risarcimenti punitivi, il gap del *public*

²⁰⁵ Infatti, parte della dottrina statunitense sostiene che il legislatore federale degli Stati Uniti abbia creato il *private enforcement* per integrare il *public enforcement*, per paura che il governo non avesse le risorse necessarie per scoprire, indagare e perseguire tutte le violazioni delle leggi antitrust. Sul punto, Cfr. E.D. CAVANAGH, *Antitrust Remedies Revisited*, *supra*, p. 152-153; L. MEURKENS, *The punitive damages debate in continental Europe*, *supra*, p. 26.

enforcement nella funzione deterrente ed, eventualmente, anche nella funzione punitiva²⁰⁶. Per quanto concerne quest'ultima, infatti, al giudice dovrebbe essere data la possibilità di intervenire con un

²⁰⁶ Dato che in questa sede si sta valutando un deficit di *public enforcement*, è lecito fare un paragone con un sistema completamente privo di applicazione pubblica: l'*enforcement* del diritto d'autore delineato dalla Direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (GU L 157 del 30.4.2004, p. 45). Tale Direttiva non permette espressamente alle autorità giudiziarie nazionali di prevedere un risarcimento "punitivo". Infatti, l'articolo 13, paragrafo 1 della Direttiva 2004/48/CE recita: "Allorché l'autorità giudiziaria fissa i danni: a) tiene conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno subito dalla parte lesa, i benefici realizzati illegalmente dall'autore della violazione, e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione; b) oppure in alternativa alla lettera a) può fissare, in casi appropriati, una somma forfettaria in base ad elementi quali, per lo meno, l'importo dei diritti che avrebbero dovuto essere riconosciuti qualora l'autore della violazione avesse richiesto l'autorizzazione per l'uso del diritto di proprietà intellettuale in questione."

Tuttavia, tale norma è stata oggetto di interpretazione da parte della Corte di giustizia, la quale ha affermato che la Direttiva 2004/48/CE "non ha lo scopo di introdurre un obbligo consistente nel prevedere un risarcimento punitivo" ma, allo stesso tempo, "non può essere interpretata come un divieto d'introdurre una misura del genere" (Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, causa C-367/15, *Stowarzyszenie "Oławska Telewizja Kablowa*, EU:C:2017:36, punto 27 e 28). Questa sentenza si inserisce nel filone giurisprudenziale della Corte di giustizia che parte della dottrina ha definito "possibilista" rispetto all'ammissibilità di rimedi risarcitori di natura non strettamente compensativa, filone del quale fanno parte anche la sopracitata sentenza *Manfredi* e la sentenza *Brasserie de Pêcheur* (Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*, *supra*, relativa ad un caso di responsabilità di uno Stato membro per violazione del diritto comunitario. La Corte ha qui affermato che il risarcimento di *exemplary damages*, fondati sull'accertamento di una condotta "vessatoria, arbitraria o incostituzionale delle autorità nazionali", può, se tale condotta abbia causato o approvato una violazione del diritto comunitario, essere riconosciuto "negli stessi limiti nei quali sarebbe applicabile in un'azione fondata sul diritto interno" (punto 89)).

Inoltre, è interessante sottolineare anche che nella Relazione sull'applicazione della Direttiva 2004/48/CE (Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni Applicazione della direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale /com/2010/0779 def/), la Commissione ha affermato che quando i risarcimenti riconosciuti dai tribunali non eguagliano il livello dei guadagni realizzati dagli autori delle violazioni, essi non sembrano in grado di dissuadere efficacemente i potenziali autori di violazioni dal compiere attività illecite. Pertanto, in tali casi, le corti dovrebbero avere il potere di concedere risarcimenti proporzionati all'arricchimento senza causa dell'autore della violazione, anche se il risarcimento supera il danno effettivamente subito dal titolare del diritto (v. R.H. LANDE e J. M. CONNOR, *Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines*, 2007, disponibile al seguente link: <https://ssrn.com/abstract=1029755>).

risarcimento punitivo solo nel caso in cui non esista una precedente decisione dell'autorità garante della concorrenza (sia essa la Commissione europea o l'Autorità nazionale) contenente una sanzione per l'impresa che ha violato il diritto della concorrenza, in modo tale da non violare il principio del *ne bis in idem*. In tal modo si avrebbe un miglioramento generale del sistema di *antitrust enforcement*, in quanto si otterrebbe un alto livello di completezza del sistema e della tutela.

Si ritiene, pertanto, che la ripartizione delle funzioni tra *private* e *public enforcement* dovrebbe essere così strutturata: la funzione di prevenzione e deterrenza della collettività dalle condotte anti-competitive dovrebbe essere condivisa tra *public* e *private enforcement*²⁰⁷; quella di compensazione dei danni subiti dalle vittime dei comportamenti anticoncorrenziali dovrebbe spettare al *private enforcement* attraverso il risarcimento del danno; la funzione punitiva, invece, dovrebbe restare di pertinenza del *public enforcement*²⁰⁸ e, soltanto nel caso in cui l'autorità pubblica di concorrenza non abbia scoperto e sanzionato l'illecito, potrebbe essere espletata dal *private enforcement*, qualora il giudice lo ritenga opportuno.

²⁰⁷ Cfr. F. DENOZZA, L. TOFFOLETTI, *Le funzioni delle azioni private*, *supra*, p. 119-120. Gli autori mettono in evidenza che la complementarità dell'Azione Privata con quella Pubblica risiede nel fatto che esse producono diverse *qualità* di deterrenza.

²⁰⁸ Vi è una parte della dottrina che propone un terzo sistema oltre al *public* e al *private enforcement*: la *public compensation*. Questo sistema attribuirebbe alle autorità pubbliche il compito di modulare la sanzione tenendo conto di esigenze compensative, trasferendo poi la ricchezza così ottenuta dalle imprese condannate o ai danneggiati, quando è possibile individuarli, o a enti esponenziali che operano sul mercato danneggiato dall'intesa. Sul punto, v. A. EZRACHI, M. IOANNIDOU, *Public compensation as a Complementary Mechanism to Damages Actions: From Policy Justifications to Formal Implementation*, in *J.E.C.L.P.*, n. 6, 2012, p. 132; P. IANNUCELLI, *La responsabilità delle imprese*, *supra*, p. 222.

In un sistema come quello appena descritto, il possibile riconoscimento da parte del giudice nazionale di un risarcimento punitivo andrebbe a sostenere sia la funzione di prevenzione e deterrenza del *private enforcement* sia quella punitiva. Tale soluzione si ispira a quello che in dottrina è stato definito “*deterrence approach*”²⁰⁹, in contrapposizione al “*separate tasks approach*” adottato dal legislatore europeo dapprima nel Libro bianco e poi nella Direttiva Danni.

Inoltre, se la Direttiva adottasse la soluzione proposta dando la possibilità ai giudici di condannare l’*infringer* al pagamento di una somma ulteriore rispetto a quella volta esclusivamente a compensare il danno subito, le vittime di violazioni antitrust sarebbero ulteriormente incentivate ad agire in giudizio per far valere il proprio diritto. L’incentivo al ricorso alle azioni risarcitorie antitrust corrisponderebbe ad un aumento del numero delle azioni civili e, di conseguenza, ad un miglioramento generale dell’*enforcement* del diritto della concorrenza. Così, il *private antitrust enforcement* uscirebbe dallo stato di sottosviluppo e di sottoutilizzazione in cui si trova attualmente e, nell’ambito del sistema binario di applicazione del diritto della concorrenza, esso rivestirebbe un ruolo davvero complementare rispetto al *public enforcement*.

In definitiva, nella Direttiva 2014/104/UE sarebbe stata auspicabile una soluzione meno rigida, di maggiore apertura verso la possibilità di rimettere ai giudici nazionali la scelta di prevedere un risarcimento punitivo o, quantomeno, di quantificare il danno in modo

²⁰⁹ W. P.J. WILS, *The Relationship*, *supra*, p. 17.

tale da proteggere compiutamente le vittime delle pratiche anti-concorrenziali e da disincentivare il ripetersi degli illeciti.

10. Conclusione.

Sulla base dell'analisi sulla funzione attribuita al risarcimento del danno nei vari ordinamenti di *civil law* e di *common law*, è possibile affermare che oggi il riconoscimento della sua natura polifunzionale è ampiamente diffuso non solo oltreoceano ma anche negli Stati membri dell'Unione europea.

Pertanto, si è detto che la scelta del legislatore europeo nella Direttiva 2014/104/UE di attribuire al rimedio del risarcimento del danno antitrust una funzione esclusivamente compensativa, operata sulla base della volontà di attenersi alle tradizioni giuridiche prevalenti negli Stati membri e, dunque, al principio della *restitutio in integrum*, dovrebbe essere rivista in quanto anacronistica. Infatti, vi è stata un'evoluzione che ha portato la dottrina e la giurisprudenza europee a non concentrarsi più esclusivamente sulla funzione compensativa del risarcimento del danno ma a considerare anche la rilevanza della funzione deterrente e sanzionatoria dello stesso.

Si pone, dunque, il problema di come ottenere un effetto deterrente ottimale e, a tal proposito, si è visto che, sulla scia dell'esempio nord-americano, vari Stati membri hanno previsto nei propri ordinamenti i c.d. "danni punitivi".

Il legislatore europeo nella Direttiva Danni, al contrario, non si è prefissato l'obiettivo della deterrenza ma semplicemente quello di facilitare l'esercizio del diritto al risarcimento del danno antitrust e ha

vietato, all'articolo 3, paragrafo 3 il riconoscimento di qualsiasi tipo di sovra-compensazione del danno subito, sia sotto forma di risarcimento punitivo che di risarcimento multiplo o di altra natura.

Attualmente, dunque, l'effetto deterrente del *private enforcement*, a norma della Direttiva 104, deriva soltanto in via mediata da alcuni strumenti processuali che servono innanzitutto a migliorare la giustizia retributiva e che pertanto, di riflesso, producono un effetto deterrente di scarsa rilevanza. Tali mezzi, infatti, servono più che altro a facilitare le vittime nell'ottenimento del risarcimento e, di conseguenza, a complicare la difesa degli *infringers*, per cui questi ultimi possono essere scoraggiati dall'intraprendere una condotta illecita sul mercato per paura di dover affrontare un *eventuale* gravoso giudizio civile.

Il sistema di *private antitrust enforcement*, invece, per essere realmente efficace sia nel senso della compensazione delle vittime che della deterrenza da comportamenti anti-competitivi, necessita di strumenti più incisivi che riescano a tutelare compiutamente i *market players* e a creare una deterrenza tale da distogliere le imprese dall'adottare comportamenti illeciti, eliminando tutti i profitti ottenuti. Così, vengono in rilievo i risarcimenti punitivi.

Con la Direttiva Danni si è realizzata un'inversione di tendenza nel riconoscimento dell'istituto dei risarcimenti punitivi in Europa. Come visto, infatti, l'iniziale atteggiamento di chiusura delle corti europee verso quest'istituto tipico dei Paesi di *common law* si era gradualmente convertito in accettazione, quanto meno nell'ambito del riconoscimento delle sentenze straniere. Ciò era avvenuto anche sulla

scia delle pronunce della Corte di giustizia che aveva affermato che una forma particolare di risarcimento, qual è il risarcimento esemplare o punitivo, poteva essere riconosciuta nell'ambito di azioni fondate sulle regole comunitarie di concorrenza qualora potesse esserlo nell'ambito di azioni analoghe fondate sul diritto interno. Con la Direttiva Danni, invece, il legislatore europeo ha invertito la rotta, escludendo qualsiasi forma di sovra-compensazione nell'ambito del *private antitrust enforcement*.

Questa scelta, come esposto in precedenza, non è condivisibile per una pluralità di motivi: innanzitutto, perché appare distonica rispetto alla precedente giurisprudenza della Corte di giustizia; poi, perché il *private antitrust enforcement* dovrebbe espletare anche una funzione deterrente, assicurando un risarcimento del danno effettivo e tale da far venir meno i profitti realizzati dagli autori dell'infrazione, in modo tale da disincentivare comportamenti illeciti sul mercato; ancora, perché non incentiva le vittime a ricorrere in giudizio per far valere il proprio diritto, con la conseguenza che il *private enforcement* resta in uno stato di sottoutilizzazione e di sottosviluppo²¹⁰.

Pertanto, è auspicabile una rivalutazione della norma contenuta nell'articolo 3, paragrafo 3 della Direttiva Danni nell'ambito del riesame che la Commissione è tenuta a fare, in ossequio all'articolo 20

²¹⁰ Cfr. R. CHIEPPA, *La cooperazione tra giudice italiano, l'Autorità garante e la Commissione europea*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 318. L'autore evidenzia che, in effetti, iniziare un'azione per risarcimento dei Danni è sicuramente oneroso, in termini di tempo e di spesa economica. Infatti, dalle indagini svolte dalla Commissione emerge che solo lo 0,1% dei consumatori che ha subito un danno a seguito di una violazione antitrust chiede il risarcimento dello stesso.

della Direttiva stessa, per la presentazione della relazione al Parlamento europeo e al Consiglio entro il 27 dicembre 2020.

In particolare, qualora non si voglia arrivare al punto di introdurre la possibilità per i giudici nazionali di liquidare danni a titolo punitivo, si potrebbe comunque lasciare ad essi un maggiore spazio di manovra nella quantificazione del danno, in modo tale da consentire al risarcimento di eliminare del tutto i profitti ottenuti dall'autore dell'illecito e di compensare interamente le vittime per i costi provocati dalla pratica anticoncorrenziale. In definitiva, sarebbe opportuno stemperare la rigidità della norma contenuta nell'articolo 3, paragrafo 3, lasciando che siano i giudici nazionali ad effettuare una valutazione caso per caso, preferibilmente sulla base dell'analisi economica del diritto. In questo modo, si eviterebbero i problemi di sovra-compensazione ingiustificata e di deterrenza eccessiva (c.d. *overdeterrence*) che potrebbero presentarsi allorquando i giudici sono tenuti a riconoscere una somma fissa a titolo di risarcimento punitivo (come nel caso dei "*treble damages*"), in quanto questi ultimi avrebbero discrezionalità nel decidere la somma da liquidare alla luce del tipo di condotta illecita posta in essere e delle circostanze del caso di specie.

La discrezionalità del giudice e la valutazione caso per caso assicurerebbero anche il rispetto del principio del *ne bis in idem*, in quanto il giudice, nel caso in cui vi sia una precedente decisione dell'autorità pubblica di concorrenza contenente una sanzione per l'*infringer* tale da eliminare tutti i profitti dallo stesso conseguiti, non riscontrerebbe i presupposti per poter condannare il danneggiante anche al pagamento di una somma ulteriore rispetto a quella

strettamente necessaria a compensare il danneggiato per il danno subito.

A queste condizioni, il risarcimento del danno costituirebbe uno strumento efficace per tutelare compiutamente le vittime e privare l'autore dell'illecito di tutti i profitti da esso conseguiti. Infine, il risarcimento potrebbe produrre un importante effetto deterrente, disincentivando la reiterazione di condotte incompatibili con le regole di concorrenza.

CAPITOLO III

**Accesso alle prove nel procedimento relativo
all'azione di risarcimento del danno antitrust**

CAPITOLO III

Accesso alle prove nel procedimento relativo all'azione di risarcimento del danno antitrust

Sommario: 1. Introduzione. – 2. L'accesso alle prove nella Direttiva 2014/104/UE. – 2.1. Il diritto all'accesso. – 2.2. La protezione di specifiche categorie di prove. – 2.3. La *black list*: divieto assoluto di divulgazione. – 2.4. La *grey list*: divieto temporaneo di divulgazione. – 2.5. La *white list*: nessun divieto di divulgazione. – 2.6. Limiti nell'uso delle prove ottenute solo grazie all'accesso al fascicolo di un'autorità garante della concorrenza. – 2.7. Sanzioni. – 3. L'esibizione delle prove nel d.lgs. n. 3/2017. – 4. Focus sulla divulgazione delle dichiarazioni legate a un programma di clemenza e delle proposte di transazione. – 4.1. La normativa sull'accesso ai *leniency documents* ed ai *settlements* vigente prima dell'entrata in vigore della Direttiva 2014/104/UE. – 4.2. Il ruolo svolto dai *leniency programmes* e dalle azioni di risarcimento ed il delicato equilibrio della loro interazione. – 4.3. Benefici e rischi dell'accesso al fascicolo delle Autorità garanti della concorrenza. – 4.4. La giurisprudenza antecedente all'entrata in vigore della Direttiva 2014/104/UE. – 4.5. Ulteriori riflessioni. – 4.6. La giurisprudenza successiva all'entrata in vigore della Direttiva 2014/104/UE. – 5. Conclusione.

1. Introduzione

La prova è un elemento di fondamentale importanza per la proposizione di un'azione di risarcimento dei danni antitrust, in quanto serve ad accertare l' "*an et quantum debeatur*", in un contesto in cui l'analisi fattuale ed economica è molto complessa²¹¹.

Infatti, nel caso in cui non vi sia una precedente decisione dell'autorità di concorrenza che accerti la violazione, ossia quando viene intrapresa un'azione c.d. *stand-alone*, la prova serve non solo ad accertare l'*an*, ossia l'avvenuta violazione del diritto della concorrenza, ma anche il *quantum* del danno subito. Nel caso in cui, invece, l'autorità garante della concorrenza abbia già accertato la violazione e, di conseguenza, il danneggiato intraprenda un'azione c.d. *follow-on*²¹², la prova è fondamentale per poter accertare il *quantum*²¹³.

Tuttavia, le prove necessarie per sostenere una richiesta di risarcimento sono spesso detenute esclusivamente dalla controparte o da terzi e non sono sufficientemente note o accessibili all'attore. Pertanto, la Direttiva Danni cerca di combattere tale asimmetria informativa assicurando agli attori il diritto di ottenere la divulgazione delle prove rilevanti per la loro richiesta.

²¹¹ Cfr. G. NOTARO, G. GUARDAVACCARO, *Il ruolo dell'analisi economica nella valutazione degli effetti di condotte anticoncorrenziali e nella quantificazione del danno antitrust*, in L. F. PACE (a cura di), *Dizionario Sistematico del Diritto della Concorrenza*, Napoli, Jovene Editore, 2013, p. 347-360; G. MUSCOLO, *La quantificazione del danno nel processo antitrust*, in L.F. PACE, *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, 2013, Napoli, Jovene, p. 338-345.

²¹² In realtà, l'effetto delle decisioni delle autorità garanti della concorrenza sul giudice nazionale cambiano a seconda della nazionalità dell'autorità che ha adottato tale decisione. Per un'analisi approfondita di questo aspetto si rimanda al capitolo IV.

²¹³ Cfr. G. RATTI, *L'accertamento della violazione e dei danni da illecito antitrust*, 2016, http://www.ca.milano.giustizia.it/allegato_corsi.aspx?File_id_allegato=2598, p. 6-7.

Inoltre, dato che la Direttiva tende ad armonizzare le norme che disciplinano le azioni per il risarcimento dei danni per violazione del diritto della concorrenza dell'UE o nazionale, al fine di agevolare le vittime a chiedere il risarcimento all'autore dell'infrazione, essa contiene delle disposizioni dettagliate relative alla divulgazione delle prove nelle azioni per risarcimento dei danni dinanzi ai tribunali nazionali. In particolare, gli articoli dal 5 all'8 della Direttiva 104 creano un "microsistema" di diritto delle prove, che è altamente specializzato e che si basa sul ruolo centrale del giudice (Considerando n. 24 e ss.) e sul principio secondo cui il *private enforcement* non deve compromettere il *public enforcement* (Considerando n. 21)²¹⁴.

Tali norme cercano di risolvere una delicata questione, ossia quella di creare il giusto equilibrio tra il diritto dell'attore di accedere alle prove a sostegno della sua richiesta di risarcimento danni e la protezione dei programmi di clemenza, che sono alcuni dei principali strumenti di *public antitrust enforcement*.

Pertanto, in questo capitolo, si analizzerà innanzitutto la disciplina contenuta nella Direttiva 2014/104/UE, poi, ci si focalizzerà sul più particolare e delicato aspetto della divulgazione delle dichiarazioni legate a un programma di clemenza e delle proposte di transazione.

Per affrontare quest'ultimo aspetto, occorrerà dapprima approfondire la normativa sull'accesso ai *leniency documents* ed ai *settlements* vigente prima dell'entrata in vigore della Direttiva

²¹⁴ Cf. G. MUSCOLO, *L'accesso alla prova e lo standard probatorio*, http://www.agcm.it/component/joomdoc/eventi/convegni/Muscolo_-_L'accesso_alla_prova_e_lo_standard_probatorio.pdf/download.html.

2014/104/UE. In seguito, verrà valutato qual è il ruolo svolto dai *leniency programmes* e dalle azioni di risarcimento, con conseguente analisi dei benefici e dei rischi dell'accesso al fascicolo delle autorità garanti della concorrenza. Infine, si analizzerà la giurisprudenza antecedente e successiva all'entrata in vigore della Direttiva 2014/104/UE, fondamentale per comprendere a pieno perché, al fine di assicurare che il sistema di *antitrust enforcement* sia effettivo ed efficace, è importante bilanciare correttamente gli interessi degli attori all'accesso ai fascicoli detenuti dalle autorità di concorrenza e delle imprese aderenti ad un programma di clemenza a tenere gli stessi segreti.

Al termine di questa disamina, emergerà che, in effetti, con la Direttiva Danni ed, in particolare, con l'articolo 6, paragrafo 6, l'equilibrio tra gli interessi in gioco che il legislatore europeo ha cercato di assicurare è in realtà spostato dal lato del *public enforcement*. Pertanto, in vista del riesame che la Commissione è tenuta ad operare, in ossequio all'articolo 20 della Direttiva 104, entro il 27 dicembre 2020 per la presentazione al Parlamento europeo e al Consiglio della propria relazione, si evidenzierà che una modifica dell'articolo summenzionato nel senso di una minore rigidità potrebbe apportare un miglioramento generale al sistema di *antitrust enforcement*.

2. L'accesso alle prove nella Direttiva 2014/104/UE.

2.1 Il diritto all'accesso.

Le azioni per il risarcimento dei danni causati da violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione o nazionale richiedono in genere un'analisi fattuale ed economica complessa. Le prove necessarie per sostenere una richiesta di risarcimento sono spesso detenute esclusivamente dalla controparte o da terzi e non sono sufficientemente note o accessibili all'attore²¹⁵. Per questi motivi, tra gli altri, il numero di azioni di risarcimento dei danni antitrust è ancora piuttosto basso²¹⁶.

La Direttiva Danni affronta l'asimmetria informativa che caratterizza il contenzioso sul diritto della concorrenza riconoscendo agli attori il diritto "di ottenere la divulgazione delle prove rilevanti per la loro richiesta, senza che sia necessario, da parte loro, specificarne i singoli elementi" (considerando n. 15 della Direttiva). Infatti, nell'ottica del legislatore europeo, poiché la prova è un

²¹⁵ Per quanto concerne la difficoltà nell'ottenere l'accesso alle prove, v. A. BERNES, *La prova del danno e del nesso di causalità nell'azione risarcitoria derivante da 'cartello' in seguito al recepimento della direttiva 2014/104/UE*, in *Responsabilità Civile e Previdenza* 82, no. 3, 2017, p. 954.

²¹⁶ M. P. SCHINKEL, J. RUGGERBERG, *Consolidating antitrust damages in Europe: A proposal for standing in line with efficient private enforcement*, in *World Competition: Law and Economics Review*, 29, 3, 2006, p. 395; A. FRIGNANI, *L'onere della prova nelle cause risarcitorie da illecito antitrust*, in *Diritto ed Economia dell'Assicurazione*, n. 4, 2011, p. 1332; G. A. BENACCHIO, *Il private enforcement del diritto europeo antitrust: Evoluzione e risultati*, in L. F. PACE (a cura di), *Dizionario Sistematico del Diritto della Concorrenza*, Napoli, Jovene Editore, 2013, p. 16; G. MUSCOLO, *Alcune questioni in tema di accesso alla prova nel processo antitrust*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed Effettività della Tutela Giurisdizionale tra Ordinamento dell'Unione Europea e Ordinamento Italiano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 209.

elemento importante per la proposizione di un'azione di risarcimento dei danni per violazione del diritto della concorrenza, rigide disposizioni giuridiche che prevedano che gli attori debbano precisare dettagliatamente tutti i fatti relativi al proprio caso all'inizio di un'azione e presentare elementi di prova esattamente specificati dovrebbero essere evitate perché possono ostacolare indebitamente l'effettivo esercizio del diritto al risarcimento garantito dal TFUE (considerando n. 14 e n. 15).

Tuttavia, il conseguimento della divulgazione delle prove è limitato da una serie di condizioni e di eccezioni.

In primo luogo, l'attore deve presentare una richiesta motivata comprendente fatti e prove ragionevolmente disponibili che siano sufficienti a sostenere la plausibilità della sua domanda di risarcimento del danno (articolo 5, paragrafo 1). Pertanto, la divulgazione può essere ingiunta solo qualora un attore abbia asserito in modo plausibile, sulla base di fatti a lui ragionevolmente disponibili, di aver subito un danno a seguito di una violazione delle regole di concorrenza da parte del convenuto. Il ricorrente non deve specificare i singoli elementi di prova, ma è tenuto a definire “nel modo più preciso e circoscritto possibile” specifici elementi di prova o rilevanti categorie di prove (articolo 5, paragrafo 2). La Direttiva prevede, di conseguenza, che non dovrebbero essere accettate le c.d. “*fishing expeditions*”, ossia le richieste di divulgazione che riguardano una trasmissione generica dei documenti del fascicolo di un'autorità garante della concorrenza relativi ad un determinato caso o la divulgazione generica di documenti presentati da una parte nel contesto di un caso particolare.

In secondo luogo, i giudici nazionali devono limitare la divulgazione delle prove nel rispetto della proporzionalità. Nel determinare se una divulgazione richiesta da una parte è proporzionata, i giudici nazionali devono prendere in considerazione gli interessi legittimi di tutte le parti e di tutti i terzi interessati. In particolare, i giudici: “a) esaminano in quale misura la domanda di risarcimento o gli argomenti di difesa siano corroborati da fatti e prove disponibili che giustificano la domanda di divulgazione delle prove; b) esaminano la portata e i costi della divulgazione, in particolare per i terzi interessati, anche al fine di prevenire la ricerca generica di informazioni verosimilmente non rilevanti per le parti nel procedimento; c) valutano se le prove di cui è richiesta la divulgazione contengano informazioni riservate, in particolare riguardanti parti terze, e le modalità atte a proteggere tali informazioni riservate” (Articolo 5, paragrafo 3, lettere da a) a c)).

In terzo luogo, laddove i giudici nazionali richiedano elementi di prova che sono inclusi nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza, vale a dire il fascicolo amministrativo della Commissione o di un'autorità nazionale garante della concorrenza, si applicano norme specifiche volte a proteggere determinate categorie di informazioni dalla divulgazione.

2.2 La protezione di specifiche categorie di prove.

La Direttiva Danni prevede un livello di protezione maggiore per alcune categorie di documenti. In particolare, per quanto riguarda le prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza,

oltre al requisito della proporzionalità di cui all'articolo 5, paragrafo 3, la loro divulgazione deve essere conforme anche all'articolo 6, paragrafo 4. Quest'ultimo stabilisce che nel valutare la proporzionalità di un ordine di divulgazione di prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza, i giudici nazionali devono altresì considerare: a) "se la richiesta sia stata formulata in modo specifico quanto alla natura, all'oggetto o al contenuto dei documenti presentati a un'autorità garante della concorrenza o contenuti nel fascicolo di tale autorità, piuttosto che con una domanda generica attinente a documenti presentati a un'autorità garante della concorrenza; b) se la parte stia richiedendo la divulgazione in relazione a un'azione per il risarcimento del danno intentata dinanzi a un giudice nazionale"; e c) se sia necessario salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza.

2.3 La black list: divieto assoluto di divulgazione.

L'articolo 6, paragrafo 6, della Direttiva 104 prevede una lista, la c.d. "*black list*", di documenti che beneficino di un'esenzione assoluta dalla divulgazione. Tale lista comprende le dichiarazioni legate ad un programma di clemenza e le proposte di transazione. I giudici nazionali non possono in alcun momento ordinare a una parte o a un terzo di divulgare prove rientranti in queste due categorie.

Le dichiarazioni legate ad un programma di clemenza (c.d. *leniency statements*) comprendono solo le dichiarazioni societarie, ossia le informazioni orali o scritte che descrivono la conoscenza dell'impresa o della persona fisica in merito a un cartello ed il ruolo

da essa svolto al suo interno, fornite volontariamente da parte o per conto di un'impresa o di una persona fisica all'autorità preposta alla concorrenza nell'ambito di un programma di clemenza (c.d. *leniency programme*) della Commissione o dell'autorità nazionale garante della concorrenza specificamente allo scopo di ottenere l'immunità o una riduzione delle ammende²¹⁷.

Per quanto concerne le prove che esistono indipendentemente dal procedimento avviato dall'autorità garante della concorrenza, le c.d. "informazioni preesistenti", esse non sono coperte dal divieto assoluto di divulgazione, per cui i giudici nazionali dovrebbero poter ordinarne la *disclosure* in qualsiasi momento nel contesto di un'azione per il risarcimento del danno (considerando n. 28). Tuttavia, il divieto di divulgazione è esteso alle citazioni letterali di una dichiarazione legata a un programma di clemenza o di una proposta di transazione contenute in altri documenti (considerando n. 26).

Queste disposizioni si aggiungono a tre atti legislativi concernenti la divulgazione di questo tipo di prove, vigenti già prima dell'entrata in vigore della Direttiva Danni: il Regolamento n.

²¹⁷ L'articolo 2, n. 16) della Direttiva 104 specifica che rientrano nella definizione di "dichiarazioni legate ad un programma di clemenza" anche le registrazioni di tale dichiarazione. E' stato rilevato che tale definizione "sembra restringere notevolmente la portata del divieto di divulgazione. In effetti se la dichiarazione ufficiale dovesse consistere semplicemente in una lettera in cui l'impresa si dichiara colpevole e allega come prove una serie di documenti da cui si deduce l'esistenza del cartello e la partecipazione dell'impresa in parola (come, ad esempio, uno scambio di corrispondenza con i concorrenti), questi elementi dovrebbero essere considerati pre-esistenti e quindi sfuggire alla protezione. Vero è, tuttavia, anche il contrario. Sarebbe sufficiente che l'impresa integri nella richiesta di trattamento favorevole tutti gli elementi necessari alla prova del cartello per fare rientrare tali informazioni nell'ambito del divieto di divulgazione. E' questa un'ambiguità pericolosa, perché ancora una volta lascia ai giudici la responsabilità di determinare se un'informazione è pre-esistente o meno, con pregiudizio dell'uniformità di applicazione del divieto." (P. IANNUCELLI, *Torniamo al Trattato! Per il superamento della distinzione tra public e private enforcement del diritto della concorrenza*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, p. 98).

1049/2001²¹⁸ (c.d. “*Transparency Regulation*”), il Regolamento n. 1/2003²¹⁹ ed il Regolamento n. 773/2004²²⁰.

Gli attori, infatti, potevano già richiedere l’accesso alle prove dinanzi ai tribunali nazionali o alla Commissione sulla base del Regolamento n. 1049/2001. Tutti i documenti delle istituzioni dell’UE, infatti, sono aperti all’accesso al pubblico ai sensi dell’articolo 15 del TFUE e del Regolamento n. 1049/2001. Tuttavia, esistono delle eccezioni a questo diritto generale di accesso pubblico: ad esempio, la Commissione può rifiutare l’accesso a un documento la cui divulgazione arrechi pregiudizio alla tutela degli interessi commerciali o agli obiettivi delle attività ispettive, a meno che non vi sia un interesse pubblico prevalente alla divulgazione²²¹. Anche se il *Transparency Regulation* si applica a tutti i settori del diritto e a tutti i

²¹⁸ Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all’accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, OJ L 145, 31.5.2001, p. 43–48.

²¹⁹ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l’applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, OJ L 1, 4.1.2003, p. 1–25.

²²⁰ Regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE, OJ L 123, 27.4.2004, p. 18–24. Il 3 agosto 2015 la Commissione europea ha adottato emendamenti al regolamento 773/2004 e quattro relativi avvisi (accesso al fascicolo, clemenza, accordi transattivi, cooperazione con i tribunali nazionali), volti ad allinearli alla Direttiva 2014/104/UE.

²²¹ V. articolo 15, paragrafo 4, del TFUE e articolo 4 del regolamento 1049/2001. Tali eccezioni possono essere suddivise in eccezioni obbligatorie e eccezioni discrezionali. Un’eccezione obbligatoria preclude l’accesso a prescindere da qualsiasi altro interesse che promuova la divulgazione, come la sicurezza pubblica o la privacy e l’integrità della persona (articolo 4, paragrafo 1, del regolamento 1049/2001). Al contrario, un’eccezione discrezionale richiede un bilanciamento degli interessi a favore e contro la divulgazione: le istituzioni rifiutano l’accesso a un documento la cui divulgazione arrechi pregiudizio alla tutela di quanto segue: gli interessi commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresa la proprietà intellettuale, le procedure giurisdizionali e la consulenza legale, gli obiettivi delle attività ispettive, di indagine e di revisione contabile, “a meno che vi sia un interesse pubblico prevalente alla divulgazione” (articolo 4, paragrafo 2, del regolamento 1049/2001).

documenti, molte richieste riguardano casi antitrust²²². Nei casi antitrust, la Commissione generalmente respinge le domande di accesso alle prove invocando l'eccezione per la tutela degli interessi commerciali di terzi o l'eccezione per la tutela degli obiettivi delle indagini²²³.

Ai sensi dell'articolo 30 del Regolamento n. 1/2003, invece, i richiedenti il risarcimento possono ottenere informazioni contenute nelle decisioni finali che concludono i procedimenti di *enforcement* che la Commissione deve pubblicare sul suo sito web. La versione non riservata della decisione della Commissione non include alcune informazioni quali segreti commerciali, riferimenti specifici a richieste di *leniency* e altre informazioni coperte dal principio della presunzione di innocenza. Pertanto, vi sono casi in cui gli attori cercano di ottenere la versione confidenziale della decisione della Commissione attraverso altri canali²²⁴.

Infine, il Regolamento n. 773/2004 stabilisce norme restrittive per l'uso dei documenti contenuti nel fascicolo relativo ad un procedimento ai sensi dell'articolo 101 del TFUE, limitando l'accesso al fascicolo alle parti interessate e ai denunciati²²⁵. Inoltre, se la Commissione intende respingere la denuncia, il denunciante può chiedere accesso ai documenti sui quali si fonda la valutazione

²²² Ciò avviene in circa il 16% dei casi. V. Relazione della Commissione sull'applicazione, nel 2016, del regolamento (CE) n. 1049/2001 relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, COM/2017/0738 final, disponibile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017DC0738&from=it>.

²²³ Cfr. G. DE STEFANO, *Access of damage claimants to evidence arising out of EU cartel investigations: A fast-evolving scenario*, in *Global Competition Litigation Review* 5, no. 3, 2012, p. 98.

²²⁴ Ibidem, p. 96.

²²⁵ V. articoli 6, 8, 15 e 16 del regolamento 773/2004.

provvisoria della Commissione, ma egli non può comunque accedere ai segreti aziendali o alle altre informazioni riservate appartenenti ad altri soggetti che partecipano al procedimento ed ai documenti interni della Commissione e delle autorità nazionali garanti della concorrenza. L'accesso è consentito, infine, a condizione che i documenti messi a disposizione siano utilizzati unicamente ai fini di procedimenti giudiziari o amministrativi intesi all'applicazione dell'articolo 101 TFUE²²⁶.

2.4 La grey list: divieto temporaneo di divulgazione.

L'articolo 6, paragrafo 5 contiene la c.d. “*grey list*”, ossia un elenco di categorie di prove che possono essere divulgate solo dopo che l'autorità garante della concorrenza abbia chiuso il suo procedimento adottando una decisione o in altro modo²²⁷. In particolare, la Direttiva si riferisce a: informazioni elaborate da persone fisiche o giuridiche specificamente ai fini di un procedimento di un'autorità garante della concorrenza (ad esempio, le risposte di una parte alle richieste di dati o le risposte ad una comunicazione degli addebiti o ad una lettera di esposizione dei fatti); informazioni che

²²⁶ V. articolo 8 del regolamento 773/2004.

²²⁷ È interessante notare che in Italia l'articolo 4, comma 8 del decreto legislativo n. 3/2017 che recepisce la Direttiva Danni nella legislazione nazionale prevede una norma che non è stata inclusa nella Direttiva: per quanto riguarda le categorie di prove contenute nella *grey list*, introduce la possibilità per il giudice nazionale di sospendere il giudizio civile fino a quando l'autorità garante della concorrenza non abbia chiuso il procedimento adottando una decisione o in altro modo. Questa norma tende a garantire la coerenza tra il procedimento davanti all'autorità garante della concorrenza ed il giudizio civile per il risarcimento dei danni, tenendo conto dell'effetto vincolante delle decisioni finali adottate dall'autorità garante della concorrenza. Sul punto, v. F. FERRARO, *L'esibizione e l'uso delle prove del fascicolo dell'Autorità garante della concorrenza*, in P. MANZINI (a cura di), *Il Risarcimento del danno nel diritto della concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 57.

l'autorità garante della concorrenza ha redatto e comunicato alle parti nel corso del suo procedimento (ad esempio, la comunicazione degli addebiti o la lettera di esposizione dei fatti); e proposte di transazione che sono state ritirate.

La questione principale riguardante questa regola è quella di valutare se l'esenzione temporanea dalla divulgazione si applica anche in pendenza di un giudizio di impugnazione, poiché la Direttiva non si è espressa su questo particolare aspetto. Dato che un'autorità garante della concorrenza potrebbe dover riaprire un'inchiesta a seguito di un giudizio di accoglimento del ricorso reso in sede di impugnazione, sembra doversi ritenere che l'esenzione temporanea dalla divulgazione si applichi durante tutta la procedura di impugnazione, fino a quando la decisione dell'autorità di concorrenza non sia diventata definitiva.

Una volta che l'autorità garante della concorrenza ha chiuso il procedimento, la divulgazione delle informazioni in parola dovrebbe comunque essere soggetta al generale vaglio di proporzionalità di cui all'articolo 5, paragrafo 3 e all'articolo 6, paragrafo 4 della Direttiva. Il test di proporzionalità applicabile in relazione agli elementi di prova inclusi nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza comporta che i giudici considerino: se la richiesta sia stata formulata in modo specifico quanto alla natura, all'oggetto o al contenuto dei documenti presentati a un'autorità garante della concorrenza o contenuti nel fascicolo di tale autorità; se la divulgazione sia richiesta in relazione a un'azione per il risarcimento del danno intentata dinanzi a un giudice nazionale; e se sia necessario salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza.

2.5 La white list: nessun divieto di divulgazione.

L'articolo 6, paragrafo 9 prevede una regola generale di divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza, definendo per esclusione la c.d. "white list": le prove che non rientrano in nessuna delle categorie che possono beneficiare di una deroga assoluta o temporanea dalla *disclosure* possono essere oggetto di un ordine di divulgazione da parte dei giudici nazionali in qualsiasi momento. Questa categoria di prove include informazioni preesistenti, anche se presentate nel contesto di una richiesta di clemenza o di immunità.

Per quanto concerne la divulgazione dei documenti allegati alla richiesta di accedere ad un programma di clemenza, la Direttiva non dispone di una regola *ad hoc*, quindi sembra che essi debbano seguire la regola generale di cui all'articolo 6, paragrafo 9²²⁸.

Ovviamente, anche per questa categoria di informazioni, si applicano le regole generali sulla proporzionalità della divulgazione e sulla specificità della richiesta di divulgazione.

²²⁸ C. LO SURDO, *Programmi di leniency, accesso e divulgazione nel giudizio civile alla luce della Direttiva sul danno antitrust*, 4, <http://www.osservatorioantitrust.eu/it/programmi-di-leniency-accesso-e-divulgazione-nel-giudizio-civile-alla-luce-della-recente-direttiva-sul-danno-antitrust/>.

2.6 Limiti nell'uso delle prove ottenute solo grazie all'accesso al fascicolo di un'autorità garante della concorrenza.

Al fine di prevenire l'abuso del diritto di ottenere la divulgazione di elementi di prova, la Direttiva 104 prevede alcuni limiti per le parti nell'uso delle prove ottenute grazie all'accesso al fascicolo di un'autorità garante della concorrenza (articolo 7).

Così, le prove che rientrano nell'ambito dell'esenzione assoluta dalla divulgazione e che sono state ottenute dalle parti unicamente attraverso l'accesso al fascicolo di un'autorità garante della concorrenza sono considerate inammissibili nelle azioni per il risarcimento del danno o altrimenti protette dalle norme nazionali applicabili per garantire la piena efficacia dei limiti relativi alla divulgazione delle prove di cui all'articolo 6 della Direttiva.

La stessa regola è valida per gli elementi di prova che rientrano nel campo di applicazione dell'esenzione temporanea dalla divulgazione, ma solo fino a quando l'autorità della concorrenza non ha chiuso il procedimento.

Infine, le prove ottenute da una persona fisica o giuridica solo mediante l'accesso al fascicolo di un'autorità garante della concorrenza e che non rientrano nelle due categorie summenzionate, possono essere utilizzate in un'azione per il risarcimento dei danni solo da tale persona o dalla persona fisica o giuridica che le è succeduta nei diritti, inclusa la persona che ha rilevato la sua domanda.

2.7 Sanzioni.

Infine, l'articolo 8 prevede le sanzioni che i giudici nazionali devono imporre alle parti, ai terzi o ai loro rappresentanti legali in caso di violazione o abuso del diritto di ottenere la divulgazione delle prove. In particolare, le sanzioni devono essere imposte in caso di: mancato rispetto o rifiuto di rispettare l'ordine di divulgazione di un giudice nazionale; distruzione di prove rilevanti nel momento in cui è stata presentata una domanda di risarcimento del danno o è stata avviata un'indagine da parte di un'autorità garante della concorrenza (considerando n. 33); mancato rispetto o rifiuto di rispettare gli obblighi imposti dall'ordine di un giudice nazionale a tutela di informazioni riservate; o violazione dei limiti all'uso delle prove previsti dalla Direttiva.

3. L'esibizione delle prove nel d.lgs. n. 3/2017

La disciplina sull'esibizione delle prove, codificata agli articoli 5-8 della Direttiva, è riprodotta negli articoli 3-6 del d.lgs. n. 3/2017 di recepimento della Direttiva Danni nell'ordinamento italiano con qualche adattamento formale.

Innanzitutto, l'espressione "divulgazione delle prove" adottata nella traduzione italiana della Direttiva 104 è stata sostituita in sede di recepimento con quella di "esibizione delle prove". Inoltre, l'espressione "categoria di prove" utilizzata negli articoli 5 e 6 della Direttiva 104, estranea al diritto processuale italiano, è stata definita

nel d.lgs. n. 3/2017 – mutuando la definizione contenuta nel Considerando 16 della Direttiva – quale categoria “individuata mediante il riferimento a caratteristiche comuni dei suoi elementi costitutivi come la natura, il periodo durante il quale sono stati formati, l’oggetto o il contenuto degli elementi di prova di cui è richiesta l’esibizione e che rientrano nella stessa categoria” (art. 3, comma 2).

Come detto in precedenza, il contenzioso in materia antitrust è spesso caratterizzato da una forte asimmetria informativa, ossia il danneggiato ha scarse informazioni sui caratteri dell’illecito. Tali informazioni, infatti, sono detenute – spesso in maniera rigorosamente segreta – dagli *infringers*. Ciò implica, per i potenziali attori, relevantissimi problemi di individuazione delle prove e, di conseguenza, di promozione e successo dell’azione²²⁹. Per facilitare la proposizione di domande di risarcimento, il decreto legislativo n. 3/2017 prevede sia un rafforzamento dei poteri del giudice in materia di esibizione delle prove, sia alcune importanti ed innovative presunzioni probatorie (di cui si dirà nel IV capitolo)²³⁰.

Per quanto riguarda i poteri del giudice, il decreto, all’art. 3, comma 1, prevede che nelle azioni per il risarcimento del danno antitrust, il giudice possa ordinare, su istanza di una parte, alle controparti o al terzo l’esibizione delle prove rilevanti che rientrano nella loro disponibilità, qualora l’istante sia in grado di indicare fatti e prove sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda di

²²⁹ Cfr. M. DE CRISTOFARO, *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private antitrust enforcement*, in *AIDA*, 2015, p. 101.

²³⁰ Cfr. A. FABBI, *La “esibizione” istruttoria nel private enforcement del diritto antitrust*, in B. SASSANI (a cura di), *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017*, n. 3, Pacini Giuridica, 2017, p. 169-170.

risarcimento del danno. Il riferimento alla “plausibilità” ha fatto discutere la dottrina perché, da un lato, vi è chi lo intende nel senso che l’ordine di divulgazione può essere tanto più incisivo quanto più la domanda appare plausibile; dall’altro, vi è chi considera che l’utilizzo del termine “plausibilità” al posto del termine “fondatezza” sia da ricondurre alla volontà di mitigare lo standard probatorio: al ricorrere di tutti i requisiti, l’ordine deve di regola pronunciarsi, a meno che la domanda non sia manifestamente infondata²³¹.

In forza del comma 2 dell’articolo 3, poi, il giudice dispone individuando specificatamente e in modo circoscritto gli elementi di prova, ovvero anche le rilevanti categorie di prove oggetto della richiesta.

Al fine di bilanciare l’interesse alla *disclosure* con la tutela dei segreti commerciali, il giudice può ordinare l’esibizione nei limiti di quanto è proporzionato alla decisione, tenendo conto, in particolare, della portata e dei costi dell’esibizione e della circostanza che le prove di cui è richiesta la *disclosure* contengono informazioni riservate²³².

Gli articoli 4 e 5 del d.lgs. n. 3/2017 dettano, invece, disposizioni specifiche in tema di esibizione degli atti contenuti nel fascicolo dell’autorità garante, in attuazione degli articoli 6 e 7 della Direttiva²³³.

²³¹ A. FABBI, *La “esibizione” istruttoria nel private enforcement del diritto antitrust*, *supra*, p. 175-176.

²³² Cfr. A. GIUSSANI, *Direttiva e principi del processo civile italiano*, in AIDA, 2015, pp. 253-255; R. CAIAZZO, *L’azione risarcitoria, l’onere della prova e gli strumenti processuali ai sensi del diritto italiano*, in L. F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, p. 331.

²³³ Per un approfondimento di questo aspetto dal punto di vista europeo, cfr. M. TRIMARCHI, *La divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un’autorità garante della concorrenza nella direttiva sull’antitrust private enforcement (direttiva 2014/104/UE)*, in AIDA, 2015, pp. 204 – 220.

In particolare, l'art. 4, comma 1 attribuisce al giudice civile il potere di emettere, sulla base di una richiesta motivata²³⁴, necessaria, proporzionata, formulata in modo specifico e pertinente, un ordine di esibizione nei confronti dell'Autorità nazionale quando l'elemento di prova contenuto nel fascicolo dell'Autorità non possa essere ragionevolmente fornito da nessuna parte o nessun terzo (art. 4, comma 1). La richiesta è, dunque, concepita come *extrema ratio*, da effettuare soltanto nel caso in cui le informazioni non possano essere acquisite in altro modo²³⁵. Sulla proporzionalità dell'ordine di esibizione, poi, l'Autorità Garante ha la possibilità di fornire il proprio parere, in coerenza con quanto previsto dall'art. 15, paragrafo 4 del Regolamento (CE) n. 1/2003. A tal fine, il comma 7 impone al giudice di informare la medesima autorità delle richieste di esibizione “disponendo la trasmissione degli atti che ritiene al fine rilevanti”.

Inoltre, l'articolo 4, comma 4 del d.lgs. aggiunge che il giudice, solo dopo la conclusione del procedimento da parte dell'autorità garante della concorrenza, può ordinare l'esibizione di determinate categorie di prove: a) informazioni rese nell'ambito di un procedimento di un'autorità garante della concorrenza; b) informazioni che l'autorità garante della concorrenza ha redatto e comunicato alle parti nel corso del suo procedimento; c) proposte di transazione, ove specificamente disciplinate, che sono state revocate). Peraltro, in ragione delle previsioni di cui agli articoli 9 della Direttiva e 7 del d.lgs. n. 3/2017 in tema di efficacia probatoria del provvedimento amministrativo, si è ritenuto opportuno riconoscere al

²³⁴ Cfr. A. FABBI, *La “esibizione” istruttoria nel private enforcement del diritto antitrust*, *supra*, p. 174-181.

²³⁵ *Ibidem*, p. 182.

giudice civile la possibilità di sospendere il processo civile ed attendere la decisione dell'Autorità per garantire uniformità alle decisioni (articolo 4, comma 8).

Infine, la disciplina sulla esibizione delle prove è corredata dalla possibilità di imporre sanzioni pecuniarie a carico dei soggetti che si rifiutano senza giustificato motivo di rispettare l'ordine del giudice. Tale norma contiene anche due disposizioni particolarmente innovative. La prima, contenuta nell'art. 6, comma 5 del decreto legislativo, prevede che le sanzioni pecuniarie si applichino anche ai rappresentanti legali della parte o del terzo autore delle violazioni e costituisce, dunque, il primo esempio nell'ordinamento italiano di ammenda relativa all'applicazione della disciplina della concorrenza imposta, non ad una persona giuridica, bensì ad una persona fisica. La seconda disposizione innovativa è rappresentata dall'art. 6, comma 6 del decreto, il quale stabilisce che in caso di mancato rispetto della parte dell'ordine di esibizione o in caso di distruzione di prove rilevanti, oltre alle sanzioni amministrative, il giudice, valutato ogni elemento di prova, può ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce.

4. Focus sulla divulgazione delle dichiarazioni legate ad un programma di clemenza e delle proposte di transazione.

Uno dei profili più critici della Direttiva 104 concerne l'accessibilità nei giudizi civili di risarcimento del danno a quei documenti legati a un programma di clemenza ed alle proposte di

transazione, in quanto viene qui in rilievo l'interazione tra il *public* e il *private enforcement* del diritto antitrust.

La norma di riferimento nella Direttiva, come visto, è l'articolo 6, paragrafo 6 che vieta ai giudici nazionali di ordinare la divulgazione di dichiarazioni legate ad un programma di clemenza e proposte di transazione.

La *ratio* di questa norma è ovviamente quella di salvaguardare il buon funzionamento e l'attrattività di questi due strumenti di *antitrust enforcement*, evitando che i partecipanti ad un cartello possano desistere dal collaborare con l'autorità antitrust per timore che possa essere esperita un'azione di risarcimento dei danni nell'ambito della quale è possibile richiedere la divulgazione di dichiarazioni autoincriminanti rese in occasione dell'adesione al programma di clemenza²³⁶. In tal modo, il legislatore europeo ha cercato di perseguire uno degli obiettivi che si era prefissato di raggiungere con la Direttiva 104, ossia quello di preservare l'efficacia del *public enforcement* delle regole in materia di concorrenza.

Come visto nei capitoli precedenti, però, tra gli obiettivi della Direttiva Danni, vi è anche quello di voler assicurare l'effettivo esercizio all'interno dell'Unione del diritto a un pieno risarcimento dei danni subiti, facilitando le vittime nell'ottenimento di tale risarcimento. Proprio per questo motivo, le norme contenute nella Direttiva che provvedono a disciplinare alcuni aspetti chiave dell'interazione tra *public* e *private enforcement* dovrebbero creare un certo equilibrio tra i due strumenti e, invece, l'articolo 6, paragrafo 6 sembra spostare tale equilibrio a favore dell'applicazione pubblica.

²³⁶ Cfr. F. FERRARO, *L'esibizione e l'uso delle prove del fascicolo dell'Autorità garante della concorrenza*, *supra*, p. 55.

Accedere alle dichiarazioni legate ad un programma di clemenza ed alle proposte di transazione, infatti, potrebbe rivelarsi di fondamentale utilità per la vittima di un illecito antitrust per riuscire ad ottenere il risarcimento dovuto ma la Direttiva 104 lo ha vietato per salvaguardare l'efficacia dei programmi di clemenza.

Occorre, pertanto, indagare sul perché il legislatore europeo sia giunto ad imporre questo divieto, focalizzandosi dapprima sulle norme vigenti prima dell'entrata in vigore della Direttiva 104, ragionando, poi, sul ruolo svolto dai *leniency programmes* e dalle azioni di risarcimento, valutando l'importanza dell'accesso ai documenti per le vittime di un cartello ed i rischi derivanti dall'accesso stesso per i *leniency applicants*, ed analizzando, infine, la conferente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

4.1 La normativa sull'accesso ai leniency documents ed ai settlements vigente prima dell'entrata in vigore della Direttiva 2014/104/UE.

Il Regolamento n. 1/2003, pur non contenendo norme specificamente riguardanti i *leniency documents*, nel tentativo di creare un'ampia interazione tra la Commissione europea ed i tribunali degli Stati membri, prevede all'articolo 15, paragrafo 1 che nei procedimenti per l'applicazione dell'articolo 101 o 102 TFUE le giurisdizioni degli Stati membri “possono chiedere alla Commissione di trasmettere loro le informazioni in suo possesso o i suoi pareri in merito a questioni relative all'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie”.

La Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE²³⁷, invece, pone in capo alla Commissione un generico obbligo di fornire assistenza ai tribunali nazionali nell'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di concorrenza e, in particolare, di trasmettere le informazioni necessarie entro un mese dalla data di ricezione della richiesta²³⁸. Tale obbligo concerne ogni documento rilevante in possesso della Commissione ed informazioni quali quelle di natura procedurale per poter accertare se un determinato caso è all'esame della Commissione, se la Commissione ha avviato un procedimento o se abbia già preso posizione. La Comunicazione in parola, però, prevede anche due eccezioni a questo principio di accesso: la Commissione può infatti rifiutare di trasmettere le informazioni che siano coperte dal segreto d'ufficio (salvo che la giurisdizione nazionale si impegni espressamente a garantire la tutela delle informazioni riservate e di quelle che costituiscono segreti commerciali)²³⁹ ed ogni altra informazione qualora vi sia la "necessità di salvaguardare i suoi interessi o di evitare che siano compromessi il funzionamento e l'indipendenza della Comunità, in particolare pregiudicando l'assolvimento dei compiti affidatili"²⁴⁰. Infine, al fine della presente trattazione, è importante sottolineare che la Commissione ha ulteriormente limitato il principio generale di

²³⁷ Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE, GU C 127 del 9.4.2016, p. 13–21, GU C 101 del 27.4.2004, p. 54–64.

²³⁸ Ibidem, punto 21 e 22.

²³⁹ Ibidem, punto 25.

²⁴⁰ Ibidem, punto 26.

trasmissione di informazioni contenuto nella Comunicazione, chiarendo che essa “non trasmetterà alle giurisdizioni nazionali le informazioni presentate volontariamente da un’impresa che abbia richiesto un trattamento favorevole senza il consenso di quest’ultima”²⁴¹.

Un altro documento contenente indicazioni in merito all’accesso ai *leniency documents* è la Comunicazione della Commissione relativa all’immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese²⁴², la quale provvede innanzitutto ad imporre una limitazione soggettiva al diritto di accesso alla documentazione autoincriminante. Infatti, possono accedervi soltanto i destinatari della comunicazione degli addebiti²⁴³ “a condizione che le informazioni in tal modo ottenute siano utilizzate soltanto ai fini dei procedimenti giudiziari o amministrativi per l’applicazione delle regole comunitarie di concorrenza sulle quali verte il relativo procedimento amministrativo”²⁴⁴. Ogni altro utilizzo delle suddette informazioni per uno scopo diverso durante o al termine del procedimento può dar luogo a sanzioni²⁴⁵. L’accesso ad altre parti quali i ricorrenti o il segnalante, invece, non è consentito, a meno che il richiedente abbia svelato il contenuto di tali informazioni a terze parti. Infine, la Comunicazione prevede anche che qualora le dichiarazioni ufficiali (c.d. *corporate statements*) siano trasmesse ad un’altra autorità di concorrenza ai sensi dell’articolo 12 del

²⁴¹ Ibidem.

²⁴² Comunicazione della Commissione relativa all’immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese GU C 298 del 8.12.2006, p. 17–22, GU C 144 del 23.4.2016, p. 23–28.

²⁴³ Ibidem, punto 33.

²⁴⁴ Ibidem, punto 34.

²⁴⁵ Ibidem.

Regolamento n. 1/2003, esse beneficino dello stesso livello di salvaguardia contro la loro diffusione assicurato dalla Commissione²⁴⁶.

Per quanto concerne l'oggetto dell'accesso, a norma della Comunicazione in parola, esso è costituito dalla dichiarazione ufficiale resa volontariamente alla Commissione dall'impresa, la quale ricomprende: la descrizione particolareggiata del presunto accordo di cartello, la denominazione e l'indirizzo della persona giuridica che presenta la domanda d'immunità nonché di tutte le altre imprese partecipanti al presunto cartello, le generalità degli individui che sono state coinvolte nell'intesa, e, infine, l'indicazione delle altre autorità di concorrenza – all'interno e all'esterno dell'Unione europea – alle quali il richiedente si è rivolto o intende rivolgersi in relazione al presunto cartello²⁴⁷.

Al contrario, l'accesso alle ulteriori prove relative al presunto cartello che dovessero essere in possesso del *leniency applicant* o che dovessero rientrare comunque nella sua disponibilità al momento della richiesta di clemenza, inclusi, in particolare, i documenti probatori contemporanei alla violazione, dovrebbe ritenersi in linea di massima consentito, non formando infatti oggetto di divieto esplicito all'interno della Comunicazione.

Con riguardo ai *settlements*, viene in rilievo una Comunicazione della Commissione²⁴⁸ che si basa sull'assunto

²⁴⁶ Ibidem, punto 35.

²⁴⁷ Ibidem, punto 9.

²⁴⁸ Comunicazione della Commissione concernente la transazione nei procedimenti per l'adozione di decisioni a norma dell'articolo 7 e dell'articolo 23 del regolamento (CE) n.

secondo il quale “in generale, la divulgazione al pubblico di documenti e di dichiarazioni scritte o registrate (incluse le proposte di transazione) ricevuti nel quadro della presente comunicazione arrechi pregiudizio a determinati interessi pubblici o privati quali, ad esempio, la tutela degli obiettivi delle attività ispettive e di indagine ai sensi dell’articolo 4, paragrafo 2, del Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all’accesso del pubblico ai documenti [c.d. Regolamento Trasparenza], anche dopo l’adozione della decisione”²⁴⁹.

Pertanto, tale Comunicazione prevede espressamente che “le parti del procedimento non possono rivelare a terzi in qualsiasi giurisdizione il contenuto delle discussioni o dei documenti cui abbiano avuto accesso ai fini della transazione, senza previa autorizzazione espressa della Commissione”²⁵⁰. Le proposte di transazione presentate in base alla Comunicazione in parola, infatti, devono essere trasmesse soltanto alle autorità garanti della concorrenza negli Stati membri a patto che il livello di salvaguardia contro la loro diffusione, assicurato dall’autorità di concorrenza che riceve tali informazioni, sia equivalente a quello applicato dalla Commissione²⁵¹.

In conclusione, dunque, può dirsi che a norma delle Comunicazioni sopracitate, già prima dell’entrata in vigore della Direttiva 2014/104/UE, erano state previste delle limitazioni

1/2003 del Consiglio nei casi di cartelli, GU C 167 del 2.7.2008, p. 1–6, GU C 144 del 23.4.2016, p. 23–28.

²⁴⁹ Ibidem, punto 40.

²⁵⁰ Ibidem, punto 7.

²⁵¹ Ibidem, punto 37.

soggettive, oggettive e di scopo alla *disclosure* dei *leniency documents* e dei *settlements*.

4.2 Il ruolo svolto dai leniency programmes e dalle azioni di risarcimento ed il delicato equilibrio della loro interazione.

Nel considerare il ruolo svolto dai programmi di clemenza e dalle azioni di risarcimento del danno antitrust ed il rapporto tra di essi sussistente, viene in rilievo ancora una volta la questione della complementarità tra il *public* ed il *private enforcement*. Infatti, i programmi di clemenza e le azioni di risarcimento non sono strumenti di *enforcement* alternativi ma, anzi, interagiscono tra loro, tanto è che la Comunicazione relativa all'immunità dalle ammende ha espressamente chiarito che: "la concessione dell'immunità da un'ammenda o della riduzione del suo importo non sottrae l'impresa alle conseguenze sul piano del diritto civile derivanti dalla sua partecipazione ad un'infrazione dell'articolo [101 TFUE]"²⁵².

Questa interazione costituisce un aspetto molto delicato del sistema di *antitrust enforcement* perché può incidere sul livello di effettività dello stesso.

Per cercare di chiarire le caratteristiche e gli effetti di questa interazione, può essere utile porsi nell'ottica di una impresa aderente ad un cartello ed analizzare tutte le valutazioni che l'impresa potrebbe effettuare nel momento in cui si trova a dover decidere se aderire o meno ad un programma di clemenza. Nel far ciò, occorre prendere in

²⁵² Comunicazione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, *supra*, punto 39.

considerazione due variabili: l'importo delle sanzioni potenzialmente irrogabili dall'autorità di concorrenza e la probabilità che l'intesa sia scoperta.

Nell'ipotesi in cui la costituzione e il mantenimento di un cartello risultino profittevoli e la probabilità che esso venga scoperto sia decisamente bassa, le imprese facenti parte di tale cartello non saranno propense ad una richiesta di clemenza. Infatti, in tal caso, il vantaggio derivante dalla condotta illecita risulta superiore rispetto a quello proveniente dalla partecipazione ad un programma di clemenza.

Al contrario, all'aumentare dell'importo delle sanzioni potenzialmente irrogabili e all'aumentare della probabilità che l'intesa venga scoperta, i membri di un cartello saranno incentivati ad uscire allo scoperto e, dunque, a collaborare con l'autorità di concorrenza.

Ancora un'altra ipotesi è quella in cui soltanto una delle variabili si modifichi: se vi è un innalzamento delle sanzioni ma la probabilità di scoperta della condotta illecita resta inalterata, le imprese del cartello saranno ancor più disincentivate a richiedere l'adesione ad un programma di clemenza²⁵³. L'aumento della sola

²⁵³ A tal proposito, è stato rilevato che “un aspetto da tenere in considerazione per stabilire se un'ammenda è proporzionata e sufficientemente dissuasiva è la capacità dell'impresa di tenerne conto nel giudizio di razionalità della condotta vietata. Più il rischio d'ammenda è elevato, meno la condotta vietata diventa razionale e quindi maggiore è il carattere dissuasivo dell'ammenda. Ebbene, in questa valutazione prospettica, l'attrattiva del programma di clemenza è inversamente proporzionale alla capacità deterrente dell'ammenda e del suo uso. Se, infatti, l'ammenda fosse sufficientemente deterrente, le imprese non violerebbero la legge e, una volta violata, sarebbero indotte a ricorrere al programma di clemenza in misura tanto maggiore quanto maggiore fosse il rischio di essere colpiti da un'ammenda siffatta. In queste condizioni, il programma di clemenza va nel senso opposto a quello indicato dal trattato, poiché riducendo il rischio dell'applicazione concreta dell'ammenda, aumenta il grado di ragionevolezza economica della condotta vietata. Se infatti l'impresa deve valutare il rischio di essere colpita da un'ammenda prima

probabilità dell'emersione del cartello, invece, è di per se sufficiente a spingere le imprese a collaborare con l'autorità.

Come visto nel capitolo precedente, un effetto deterrente analogo a quello delle sanzioni può essere sortito autonomamente anche da parte delle azioni di risarcimento. Tuttavia, l'interazione tra i due sistemi di *enforcement*, ossia tra i programmi di clemenza e le azioni di risarcimento, può incidere sul complessivo livello di deterrenza: nel momento in cui un'impresa richiede l'adesione ad un *leniency programme*, vi è una maggiore probabilità che l'autorità di concorrenza adotti un provvedimento di condanna e, di conseguenza, vi sarà anche una maggiore probabilità che possano essere esperite azioni *follow-on*, le quali potenzialmente comporteranno l'esborso di somme di denaro a titolo di risarcimento del danno da parte dell'impresa cartellista. E' evidente, pertanto, che questa possibile successione di eventi concatenati e interattivi determini un disincentivo per l'impresa a cooperare con l'autorità garante della concorrenza, con l'ulteriore conseguenza che l'emersione dei cartelli risulterà pregiudicata²⁵⁴.

In effetti, come si vedrà nei paragrafi successivi, la Corte di giustizia, sin dalle sentenze *Pfleiderer* e *Donau Chemine*, aveva già sottolineato che l'efficacia dei programmi di clemenza potrebbe essere

di decidere di violare il diritto antitrust, la possibilità di ricorrere alla clemenza riduce tale rischio." (P. IANNUCELLI, *Torniamo al Trattato!*, *supra*, p. 106).

²⁵⁴ Cfr. International Competition Network, Cartel Working Group, *Interaction of Public and Private Enforcement in Cartel Cases*, Report della Conferenza Annuale dell'ICN, Mosca 2007, disponibile al sito <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc349.pdf>, nel quale si rileva che le possibili azioni sul versante civilistico rappresentano un importante fattore che le imprese prendono in considerazione nell'analisi del rischio connesso alla possibile adesione a un programma di clemenza.

compromessa dal *private enforcement*²⁵⁵ e, in particolare, dalla possibilità di accedere ai documenti contenuti nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza.

4.3 Benefici e rischi dell'accesso al fascicolo delle Autorità garanti della concorrenza.

Nell'ambito del discorso sul delicato equilibrio tra l'efficacia dei *leniency programmes* e la tutela del diritto delle vittime di un cartello a disporre di un altrettanto efficace rimedio risarcitorio, la questione dell'accesso al fascicolo di un'autorità garante della concorrenza è di fondamentale importanza.

A tal proposito, rileva che a seguito delle recenti, numerose richieste di accesso ai documenti inerenti ai programmi di clemenza nell'ambito di procedimenti per intesa avviati sia a livello nazionale che europeo da parte delle parti attrici nei giudizi *follow-on*, la Commissione e le Autorità nazionali di concorrenza hanno rifiutato di concedere l'accesso ai *corporate statements* e agli ulteriori elementi probatori forniti dal *leniency applicant* per paura che la *disclosure* di tali documenti potesse avere un impatto negativo sui programmi di clemenza.

Prima di passare all'analisi della recente giurisprudenza in materia di accesso al fascicolo, però, occorre focalizzarsi sui contrapposti interessi in gioco a tale riguardo: da un lato, quelli di

²⁵⁵ Causa C-360/09, *Pfleiderer AG v Bundeskartellamt*, EU:C:2011:389, punti 26 e 27; causa C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde v. Donau Chemie AG and Others*, EU:C:2013:366, punto 46.

coloro che agiscono in giudizio per ottenere il risarcimento del danno subito a causa di un cartello e, dall'altro, quelli dei membri dell'intesa che decidono di collaborare con l'autorità di concorrenza.

Per comprendere compiutamente quali siano gli interessi degli attori di un processo antitrust, è indispensabile, prima di tutto, evidenziare quali sono le caratteristiche di tale processo.

Quest'ultimo è stato definito in dottrina come il “processo *fact intensive* per eccellenza”, la cui preminente funzione è quella di ricerca della verità dei fatti, ancorché come mera verità processuale, ed al suo interno “la prova costituisce il mezzo privilegiato di acquisizione delle informazioni utili per l'accertamento di detta verità”²⁵⁶. In tale contesto, il giudice della concorrenza riveste un ruolo di fondamentale importanza in quanto egli è chiamato ad essere giudice del caso e “*finder of the fact*”, per cui la sua perizia nella gestione della fase istruttoria e la capacità di correlazione di questa con quella decisoria è essenziale²⁵⁷.

Appare, dunque, evidente che nell'ambito di un giudizio di tal fatta l'attore ha grande interesse ad ottenere ogni informazione in merito alla violazione perpetrata, in modo tale da poter sostenere la propria pretesa con il maggiore dettaglio possibile. Tuttavia, la gran parte del materiale probatorio decisivo spesso rientra nella disponibilità dello stesso autore dell'illecito oppure di terze parti,

²⁵⁶ G. MUSCOLO, *La quantificazione del danno nel processo antitrust*, in L.F. PACE, *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, 2013, Napoli, Jovene, p. 338.

²⁵⁷ Infatti, G. Muscolo, ibidem, afferma che “l'accertamento attendibile dei fatti rilevanti del caso attraverso la valutazione delle prove raccolte è uno dei criteri di giustizia e razionalità della decisione, che non si esaurisce nella corretta interpretazione delle disposizioni rilevanti per il caso, ma si estende all'accertamento veritiero dei fatti controversi”.

rendendosi così ignota (o non del tutto nota) al soggetto danneggiato, tanto da far parlare di “asimmetria informativa”²⁵⁸. Proprio per questo motivo, la possibilità di accedere ai documenti rientranti nell’ambito di un programma di clemenza si rivelerebbe nodale per gli attori: infatti, grazie alla *disclosure* delle dichiarazioni ufficiali rese dall’impresa richiedente (documentazione nella quale l’impresa in questione – vincolata dall’obbligo di piena cooperazione nei confronti dell’autorità di concorrenza – effettua una dettagliata descrizione sul funzionamento del cartello, basata sul proprio diretto coinvolgimento), essi avrebbero a disposizione un elemento di prova di primaria importanza a sostegno della loro azione di risarcimento del danno²⁵⁹.

Quanto agli interessi dei membri dell’intesa che decidono di collaborare con l’autorità di concorrenza, ragionando *a contrario*, è evidente che essi sono contrari all’ipotetica concessione agli attori di accedere ai documenti autoincriminanti. In particolare, per i cartellisti (“collaborativi” e non) vi sono dei rischi derivanti dall’accesso al fascicolo che è opportuno segnalare qui di seguito.

Innanzitutto, la *disclosure* del fascicolo avrebbe l’effetto di facilitare l’instaurazione delle azioni *follow-on* e di agevolarne l’esito positivo, con la conseguenza che non solo l’impresa dichiarante ma anche tutti gli altri membri del cartello risulterebbero esposti al rischio di dover risarcire il danno prodotto. In realtà, si giungerebbe al paradosso per cui sarebbe proprio l’impresa che collabora con l’autorità a diventare con più probabilità la destinataria principale

²⁵⁸ V. Considerando n. 15 della Direttiva 2014/104/UE.

²⁵⁹ Cfr. R. CHIEPPA, *L’impatto delle nuove regole sull’accesso al fascicolo dell’autorità*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, p. 280-281.

delle azioni di risarcimento, in quanto un'azione contro le imprese non collaborative sarebbe più complicata, potendo queste ultime opporsi con maggiore facilità alle doglianze avanzate dall'attore e, dunque, negare la commissione stessa dell'illecito antitrust.

I *leniency applicants* coinvolti in un giudizio civile, inoltre, qualora contraddicano la dichiarazione confessoria resa, rischiano anche di perdere i benefici ottenuti con l'adesione al programma di clemenza, in quanto una simile condotta potrebbe essere ritenuta una violazione dell'obbligo di leale e piena cooperazione con l'autorità di concorrenza.

Ancora, dato che le imprese che hanno violato congiuntamente il diritto della concorrenza con il proprio comportamento sono responsabili in solido per il danno causato, sempre i *leniency applicants* potrebbero ritrovarsi nella situazione di essere onerati della responsabilità risarcitoria relativa all'intero ammontare dei danni scaturenti dalla condotta anticoncorrenziale a norma dell'articolo 11 della Direttiva Danni²⁶⁰, salvo, poi, la possibilità di rivalersi sugli altri *co-cartelists*²⁶¹. Infatti, il soggetto che si ritenga vittima di un cartello può agire in giudizio per richiedere il risarcimento dei danni non

²⁶⁰ L'articolo 11, paragrafo 1 della Direttiva 2014/104/UE, infatti, recita: "Gli Stati membri provvedono affinché le imprese che hanno violato congiuntamente il diritto della concorrenza con il proprio comportamento siano responsabili in solido per il danno causato dalla violazione del diritto della concorrenza, con l'effetto che ciascuna di tali imprese è tenuta a risarcire il danno nella sua integralità e il soggetto danneggiato ha il diritto di esigere il pieno risarcimento da ognuna di loro fino ad essere totalmente risarcito".

²⁶¹ L'articolo 11, paragrafo 5 della Direttiva 2014/104/UE, infatti, prevede che: "Gli Stati membri provvedono affinché l'autore di una violazione possa recuperare da ogni altro autore della violazione un contributo il cui importo è determinato alla luce delle loro responsabilità relative per il danno causato dalla violazione del diritto della concorrenza. L'importo del contributo di un autore della violazione che ha ottenuto l'immunità dalle ammende nell'ambito di un programma di clemenza non supera l'importo del danno che esso ha causato ai propri acquirenti o fornitori diretti o indiretti".

soltanto contro la propria diretta controparte commerciale ma anche contro ciascuno dei partecipanti all'intesa.

A tal proposito, l'Avvocato Generale Mazák ha espresso delle perplessità circa la divulgazione di informazioni e documenti prodotti da un'impresa che ha chiesto il trattamento favorevole, in quanto la stessa può seriamente ridurre l'appetibilità, e quindi l'efficacia, del programma di clemenza. A suo parere, infatti, la possibilità di beneficiare della remissione o di una riduzione dell'ammenda potrebbe essere percepito dall'interessato come trascurabile rispetto al maggiore rischio di incorrere nella responsabilità per danni, "specialmente quando i membri di un cartello siano considerati responsabili *personalmente e in solido* ai sensi delle norme nazionali di procedura civile"²⁶² (enfasi aggiunta). Pertanto, l'AG sottolinea che vi è il rischio che un membro di un cartello possa non chiedere affatto il trattamento favorevole oppure decidere di essere meno disponibile nei confronti dell'autorità garante della concorrenza durante la procedura di clemenza, per paura di ritrovarsi in una posizione sfavorevole nell'ambito di un'azione di risarcimento danni rispetto agli altri membri del cartello che non richiedono la clemenza, a causa della divulgazione delle dichiarazioni con cui si autoincrimina²⁶³.

²⁶² Conclusioni dell'AG Mazák nel Caso C-360/09, *Pfleiderer c. Bundeskartellamt*, EU:C:2010:782, punto 38.

²⁶³ *Ibidem*.

4.4 La giurisprudenza antecedente all'entrata in vigore della Direttiva 2014/104/UE.

L'analisi della giurisprudenza antecedente all'entrata in vigore della Direttiva 104 è utile, ai fini della presente disamina, per due motivi: da un lato, serve a comprendere le strategie utilizzate dagli attori per cercare di accedere ai fascicoli delle autorità garanti della concorrenza al fine di fondare con maggiore efficacia le proprie azioni di risarcimento del danno; dall'altro, è importante per verificare quale sia stato l'approccio della Corte di giustizia nel bilanciamento degli interessi in gioco in relazione alla *disclosure* dei documenti legati ai programmi di clemenza.

Prima dell'entrata in vigore della Direttiva Danni, gli attori del giudizio civile avevano a disposizione tre strategie alternative da poter mettere in atto per richiedere l'accesso ai fascicoli delle autorità garanti della concorrenza: in primo luogo, potevano rivolgere un'istanza alle autorità nazionali di concorrenza o ai tribunali nazionali; in secondo luogo, potevano fondare la loro richiesta sul dettato del Regolamento Trasparenza 1049/2001²⁶⁴; infine, potevano intervenire nelle azioni di annullamento delle decisioni della Commissione esperite dinanzi al Tribunale dell'Unione europea, tentando, così, di avere accesso alla documentazione posta alla base della decisione della Commissione.

²⁶⁴ Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, OJ L 145, 31.5.2001, p. 43 - 48.

Il primo strumento, ossia quello dell'istanza presentata direttamente alle autorità di concorrenza o ai tribunali nazionali, è stato quello più utilizzato per richiedere l'accesso ai fascicoli in materia di cartelli²⁶⁵.

Ad esempio, questa strategia è stata utilizzata nel caso *Pfleiderer*²⁶⁶, il quale ha interessato l'omonima azienda che aveva presentato un'istanza di accesso al fascicolo dell'Autorità tedesca di concorrenza ("*Bundeskartellamt*"), compresi i documenti inerenti al *leniency programme*, in modo tale da poter successivamente avviare un'azione giudiziale *follow-on*.

Poiché il *Bundeskartellamt* aveva rigettato la richiesta di *disclosure* relativa alla documentazione rientrante nel programma di clemenza, la *Pfleiderer* presentò appello al Tribunale distrettuale di Bonn, il quale, a sua volta, operò un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ex articolo 267 TFUE per capire se, a norma del diritto UE, i soggetti danneggiati da un'intesa potessero o meno avere accesso a tali documenti al fine di proporre un'azione risarcitoria.

A tal proposito, l'Avvocato Generale Mazák ha suggerito una soluzione differente a seconda che si tratti di dichiarazioni ufficiali delle società (ossia le richieste di ammissione ad un *leniency*

²⁶⁵ Cfr. S. BASTIANON, *La tutela dei privati e l'accesso alle informazioni riservate: recenti sviluppi*, in G. TESAURO, *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, p. 111-128.

²⁶⁶ Causa C-360/09, *Pfleiderer AG v Bundeskartellamt*, EU:C:2011:389. Per un commento a questa sentenza, si veda C. PESCE, *Obbligo di collaborazione e trasparenza amministrativa nei procedimenti antitrust di clemenza dell'Unione*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 175-180; D. CALISTI, *Accesso alle prove nel processo civile tra private enforcement e tutela dei programmi di clemenza dopo il caso Pfleiderer*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 232-239.

programme) o di altri documenti “preesistenti”: in relazione alle prime, la *disclosure* non dovrebbe in alcun modo essere accordata; per i secondi, la divulgazione può essere in linea di principio ammessa²⁶⁷.

La Corte di giustizia, invece, nella sua sentenza del giugno 2011, disattendendo la distinzione suggerita dall’AG (la quale, come si vedrà, è stata invece recepita nella Direttiva Danni), ha affermato che le disposizioni del diritto dell’Unione in materia di intese, ed in particolare il Regolamento n. 1/2003, devono essere interpretate nel

²⁶⁷ Conclusioni dell’AG Mazák nel Caso C-360/09, *Pfleiderer c. Bundeskartellamt*, *supra*, punti 44-47: “A mio giudizio, la divulgazione, ad una parte in un procedimento civile, del contenuto di dichiarazioni di autoincriminazione, rese volontariamente da un richiedente il trattamento favorevole nell’ambito e ai fini di una procedura di clemenza, con le quali il richiedente effettivamente ammette e descrive, dinanzi ad un’autorità nazionale garante della concorrenza, la propria partecipazione ad una violazione dell’art. 101 TFUE, potrebbe rendere sostanzialmente meno attrattivo e quindi meno efficace il programma di clemenza dell’autorità in questione. Ciò, a sua volta, potrebbe pregiudicare l’effettiva applicazione dell’art. 101 TFUE da parte di detta autorità e, da ultimo, la possibilità delle parti in un procedimento civile di esperire un ricorso effettivo. Di conseguenza, benché il diniego di tale accesso possa ostacolare o, in certa misura, pregiudicare, il diritto fondamentale a un ricorso effettivo di una parte asseritamente lesa, ritengo che l’interferenza con tale diritto sia giustificata dallo scopo legittimo di assicurare l’effettiva applicazione dell’art. 101 TFUE da parte delle autorità nazionali garanti della concorrenza nonché dall’interesse dei privati a scoprire e a sanzionare i cartelli. (...) Ritengo pertanto che, in linea di principio, l’accesso alle dichiarazioni autoincriminanti rese volontariamente da un soggetto che ha richiesto il trattamento favorevole non debba essere accordato. Escluse, tuttavia, dette dichiarazioni autoincriminanti, i soggetti asseritamente lesi, come la *Pfleiderer*, dovrebbero avere accesso a tutti i documenti preesistenti presentati da un’impresa richiedente il trattamento favorevole nell’ambito di una procedura di clemenza che possano aiutarli a provare, nell’ambito di un’azione civile di risarcimento, l’esistenza di una violazione dell’art. 101 TFUE, il danno da loro subito e il nesso causale tra il danno e la violazione. Infatti, detti documenti non sono un prodotto della procedura di clemenza, bensì esistono, contrariamente alle dichiarazioni ufficiali di autoincriminazione, indipendentemente da detta procedura e possono, almeno in teoria, essere divulgati in altra sede. Non vedo alcun motivo imperativo per il quale l’accesso a tali documenti, che sono specificamente destinati e idonei ad essere utilizzati nelle azioni di risarcimento danni, debba essere rifiutato. Sarebbe contrario al diritto fondamentale a un ricorso effettivo se un’autorità nazionale garante della concorrenza negasse l’accesso a tali documenti in circostanze come quelle della causa principale”. Ai punti 16 e 17, invece, l’AG sottolinea che alcuni degli Stati membri sostengono che l’accesso debba essere vietato per entrambe le categorie di documenti, mentre la Commissione ritiene che l’accesso alle dichiarazioni ufficiali non possa essere accordato, e l’accesso agli altri documenti prodotti dal richiedente, invece, andrebbe valutato e deciso caso per caso.

senso che esse non ostano a che un soggetto, danneggiato da un'infrazione al diritto della concorrenza dell'Unione e che intenda conseguire il risarcimento del danno, ottenga l'accesso ai documenti relativi ad un procedimento di clemenza riguardante l'autore di tale infrazione. Tuttavia, spetta ai giudici degli Stati membri, sulla base del loro diritto nazionale, determinare le condizioni alle quali un simile accesso deve essere autorizzato o negato, procedendo a un *bilanciamento degli interessi* tutelati dal diritto dell'Unione²⁶⁸. In particolare, tale bilanciamento può essere compiuto dai giudici nazionali solamente caso per caso (c.d. *case-by-case assessment*) e deve tener conto degli interessi a favore della *disclosure* delle informazioni fornite spontaneamente dal richiedente il trattamento favorevole e di quelli a favore della protezione delle stesse²⁶⁹. Inoltre, i giudici nazionali devono esercitare questa competenza nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività: essi non devono rendere impossibile o eccessivamente difficile l'attuazione del diritto dell'Unione e non devono pregiudicare l'effettiva applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE²⁷⁰.

La seconda strategia di accesso ai fascicoli delle autorità garanti consiste nel fondare la richiesta sul dettato dell'articolo 2, paragrafo 1 del Regolamento c.d. "Trasparenza" 1049/2001, il quale prevede che "qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha

²⁶⁸ Causa C-360/09, *Pfleiderer*, *supra*, punto 32.

²⁶⁹ *Ibidem*, punti 30 e 31.

²⁷⁰ *Ibidem*, punto 24. Cfr. B. NASCIMBENE, *L'interazione tra programmi di clemenza e azioni di risarcimento nel diritto antitrust comunitario: prospettive in tema di collective redress*, in *Diritto dell'Unione Europea*, vol. 4, 2012, p. 731.

un diritto d'accesso ai documenti delle istituzioni, secondo i principi, le condizioni e le limitazioni definite nel presente regolamento". Tale diritto è altresì contemplato dall'articolo 15 TFUE²⁷¹ e dall'articolo 42 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea²⁷². Tuttavia, vi sono dei casi eccezionali puntualmente individuati all'articolo 4 del Regolamento Trasparenza in cui le Istituzioni possono rifiutare l'accesso ai documenti (ad esempio, per tutelare l'interesse pubblico o la vita privata e l'integrità dell'individuo, in particolare in conformità con la legislazione comunitaria sulla protezione dei dati personali).

Nel caso *CDC Hydrogene Peroxide*²⁷³, ad esempio, la Commissione, a seguito dell'istanza di accesso all'indice del fascicolo relativo al cartello del perossido d'idrogeno formulata dalla CDC al fine di utilizzare tale informazione in un'azione *follow-on*, ha rifiutato l'accesso sulla base delle eccezioni di cui all'articolo 4 del Regolamento n. 1049/2001 relative alla protezione degli obiettivi delle attività ispettive e di indagine, alla protezione degli interessi commerciali delle imprese coinvolte nel cartello, nonché alla tutela del processo decisionale della Commissione stessa.

²⁷¹ "Qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto, secondo i principi e alle condizioni da definire a norma del presente paragrafo. I principi generali e le limitazioni a tutela di interessi pubblici o privati applicabili al diritto di accesso ai documenti sono stabiliti mediante regolamenti dal Parlamento europeo e dal Consiglio, che deliberano secondo la procedura legislativa ordinaria. Ciascuna istituzione, organo od organismo garantisce la trasparenza dei suoi lavori e definisce nel proprio regolamento interno disposizioni specifiche riguardanti l'accesso ai propri documenti, in conformità dei regolamenti di cui al secondo comma".

²⁷² "Qualsiasi cittadino dell'Unione o qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione".

²⁷³ Causa T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims (CDC Hydrogene Peroxide) v. European Commission*, EU:T:2011:752.

Con particolare riferimento all'obiettivo di tutela delle attività ispettive e delle indagini, la Commissione ha affermato che la sua politica di lotta ai cartelli – e in particolare il *leniency programme* dalla stessa adottato – sarebbe seriamente pregiudicata laddove fosse accordata la *disclosure* dei documenti relativi al programma di clemenza, in quanto i *leniency applicants*, temendo di essere esposti in modo preferenziale ad azioni per risarcimento danni da parte delle società lese da un'intesa, in futuro, si sarebbero astenuti dal cooperare con la Commissione²⁷⁴.

Il Tribunale, nella sua sentenza del dicembre 2011, ha annullato la decisione della Commissione, in quanto l'argomento utilizzato per giustificare il diniego all'accesso avrebbe permesso alla stessa di “sottrarre all'applicazione del Regolamento n. 1049/2001, senza limiti di tempo, qualunque documento contenuto in un fascicolo in materia di concorrenza, mediante il semplice riferimento ad un possibile futuro pregiudizio al suo programma di clemenza”²⁷⁵.

Peraltro, il Tribunale ha anche osservato che il documento oggetto di richiesta di accesso “non contiene alcuna informazione suscettibile di ledere, in quanto tale, gli interessi delle società che hanno presentato domande di clemenza”²⁷⁶ e, soprattutto, che “l'interesse di una società che ha partecipato a un cartello di evitare simili azioni [*follow-on*] non può essere qualificato quale interesse commerciale e, in ogni caso, non costituisce un interesse degno di tutela, segnatamente alla luce del diritto che spetta a chiunque di chiedere la riparazione del pregiudizio cagionatogli da un

²⁷⁴ Ibidem, punto 69.

²⁷⁵ Ibidem, punto 70

²⁷⁶ Ibidem.

comportamento atto a restringere o falsare il gioco della concorrenza²⁷⁷.

Anche nel caso *EnBW Energie*²⁷⁸ del 2012 il Tribunale di primo grado ha annullato una decisione della Commissione, la quale negava ai soggetti danneggiati l'accesso a diversi documenti in suo possesso nell'ambito del cartello tra produttori di apparecchiature di comando con isolamento in gas. Secondo i giudici del Tribunale, il rifiuto della Commissione si basava essenzialmente – e senza una valutazione caso per caso – su un possibile impatto negativo sul programma di clemenza, impedendole di svolgere efficacemente i suoi compiti di controllo²⁷⁹.

La Commissione ha dunque impugnato la sentenza dinanzi alla Corte di giustizia, la quale ha ribaltato la decisione di primo grado e ha applicato, per la prima volta, la presunzione generale secondo cui la divulgazione di documenti inclusi in un fascicolo di un procedimento ai sensi dell'articolo 101 del TFUE pregiudica la tutela degli interessi commerciali e lo scopo delle indagini²⁸⁰. Secondo la Corte di giustizia, solo in questo modo il Regolamento n. 1049/2001 sarebbe applicato conformemente ai Regolamenti n. 1/2003 e n.

²⁷⁷ Ibidem, punto 49.

²⁷⁸ Causa T-344/08, *EnBW Energie Baden-Württemberg AG v. European Commission*, EU:T:2012:242.

²⁷⁹ Ibidem, punto 72.

²⁸⁰ Causa C-365/12 P, *European Commission v. EnBW Energie Baden-Württemberg AG*, EU:C:2014:112, punti 80, 81 e 93. Cfr. Y. BOTTEMAN, *Access to DG Competition's files through the Transparency Regulation: An uphill battle for cartel damage claimants*, 2014, 2, <http://www.stepto.com/resources-detail-9463.html>.

773/2004²⁸¹, che “non prevedono un diritto di accesso al fascicolo a favore di terzi diversi dai denunciati”²⁸².

Tuttavia, la Corte di giustizia ha configurato la presunzione suddetta come suscettibile di prova contraria, per cui spetta “a chiunque voglia ottenere il risarcimento del danno subito in ragione di una violazione dell’articolo [101 TFUE] provare la necessità per esso sussistente di accedere all’uno o all’altro documento compreso nel fascicolo della Commissione, affinché quest’ultima possa, caso per caso, soppesare gli interessi che giustificano la comunicazione di tali documenti e la loro protezione, tenendo conto di tutti gli elementi rilevanti nella fattispecie”²⁸³. In mancanza di una tale necessità, l’interesse esistente a ottenere il risarcimento del danno subito in ragione di una violazione dell’articolo 101 TFUE non può costituire un interesse pubblico prevalente ai sensi dell’articolo 4, paragrafo 2, del Regolamento n. 1049/2001²⁸⁴.

Nel caso di specie, a parere della Corte, l’EnBW non aveva affatto provato che l’accesso ai documenti relativi al procedimento le avrebbe consentito di disporre degli elementi necessari per fondare la sua domanda di risarcimento, di modo che un interesse pubblico prevalente giustificasse la divulgazione di questi ultimi a norma dell’articolo 4, paragrafi 2 e 3, del Regolamento n. 1049/2001²⁸⁵. Pertanto, la Corte di giustizia ha respinto l’appello.

²⁸¹ Ibidem, punti 92, 93 e 94. Poiché tali regolamenti non contengono disposizioni che prevedano espressamente la prevalenza di uno dei regolamenti sull’altro, occorre garantire un’applicazione di ciascuno dei suddetti regolamenti che sia compatibile con quella dell’altro e ne consenta quindi un’applicazione coerente (v. punto 84).

²⁸² Ibidem, punto 94.

²⁸³ Ibidem, punto 107.

²⁸⁴ Ibidem, punto 108.

²⁸⁵ Ibidem, punto 132.

In realtà, prima che la Corte di giustizia europea si pronunciasse sull'appello nel caso *EnBW Energie* applicando per la prima volta la presunzione generale, nel giugno 2013 la stessa aveva emesso un'altra importante pronuncia ancora in linea con le precedenti (*Pfleiderer*, *CDC Hydrogene Peroxide* e la sentenza di prima istanza *EnBW Energie*). La sentenza in questione è *Donau Chemie*²⁸⁶, nella quale la Corte ha riaffermato ciò che aveva già detto nella sentenza *Pfleiderer* circa la necessità del *balancing test*. In particolare, questo caso aveva ad oggetto una serie di disposizioni nazionali che restringevano l'accesso al fascicolo delle terze parti (ivi inclusi i *leniency documents*) se non con il consenso dei membri del cartello. La Corte ha a tal proposito precisato che il principio di effettività osta ad una disposizione nazionale di tal fatta, in quanto subordina soltanto al consenso di tutte le parti del procedimento l'accesso ai documenti contenuti nel fascicolo, “senza che ai giudici nazionali sia lasciata la possibilità di effettuare un bilanciamento degli interessi in gioco”²⁸⁷. Questi ultimi, al contrario, devono valutare attentamente, da un lato, gli interessi delle parti che richiedono l'accesso al fascicolo al fine di proporre azioni *follow-on*, con particolare riferimento alla possibilità di reperire diversamente le informazioni richieste, dall'altro, le conseguenze effettivamente pregiudizievoli alle quali tale accesso può dare luogo alla luce dell'interesse pubblico o di legittimi interessi di altri soggetti²⁸⁸.

²⁸⁶ Causa C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde v. Donau Chemie AG and Others*, EU:C:2013:366.

²⁸⁷ *Ibidem*, punto 49.

²⁸⁸ *Ibidem*, punti 44 e 45.

La Corte ha poi aggiunto che: “soltanto l’esistenza del rischio che un determinato documento rechi concretamente pregiudizio all’interesse pubblico attinente all’efficacia del programma nazionale di clemenza può giustificare il fatto che tale documento non sia divulgato”²⁸⁹. In ogni altro caso, il *case-by-case assessment* è necessario perché “qualsiasi regola rigida, nel senso sia di un diniego assoluto di accesso ai documenti in questione sia di un accesso generalizzato a tali documenti, può pregiudicare l’effettiva applicazione, segnatamente, dell’articolo 101 TFUE e dei diritti che tale disposizione attribuisce ai singoli”²⁹⁰.

Infine, la sopracitata terza strategia di accesso ai documenti contenuti nel fascicolo di un’autorità garante della concorrenza, ossia quella che prevede l’accesso tramite intervento nei giudizi di annullamento delle decisioni della Commissione, è stata utilizzata nel caso *Schenker*.

La società Schenker AG – impresa capogruppo di una serie di società fornitrici di servizi logistici integrati, via terra, mare e aria – aveva formulato una richiesta di intervento nell’ambito del giudizio di impugnazione della decisione della Commissione europea del 9 novembre 2010, che aveva accertato l’esistenza di un cartello tra diverse compagnie aeree e irrogato le relative sanzioni. Tale richiesta era stata presentata dall’impresa poiché quest’ultima riteneva di essere

²⁸⁹ Ibidem, punto 48.

²⁹⁰ Ibidem, punti da 31 a 34. In dottrina, tale ragionamento della Corte di giustizia è stato considerato “punitivo”: infatti, i membri di un cartello possono sì essere incentivati alla collaborazione mediante adesione a un programma di clemenza, ma non devono essere tutelati oltremisura a discapito dei legittimi interessi di altri operatori economici (cfr. F. PICOD, *Accès aux documents d'un programme de clémence*, in *La Semaine Juridique, édition générale*, 2013, 25, p. 1229 e ss..

titolare di un interesse giuridico ed economico alla conferma della decisione contestata, in quanto impresa cliente dei membri dell'intesa e, dunque, direttamente colpita dal cartello. Inoltre, l'impresa Schenker AG sosteneva di avere un interesse diretto a far cessare immediatamente il cartello e ad evitare la sua ricostituzione. Infine, essa aveva altresì sostenuto che la conferma della decisione della Commissione rappresentasse la base giuridica per la successiva proposizione di un'azione di risarcimento del danno subito dinanzi ai tribunali nazionali. Il Tribunale della Corte di giustizia, però, non ritenendo nessuno di questi argomenti convincenti, ha rigettato l'istanza dell'impresa²⁹¹.

Successivamente, l'impresa Schenker AG presentava alla Commissione una domanda di accesso, in via principale, a tutto il fascicolo del procedimento; in subordine, alla versione integrale della decisione e, in via di ulteriore subordine, alla versione non riservata della decisione stessa, in forza del Regolamento (CE) n. 1049/2001. La Commissione, tuttavia, respingeva tale domanda invocando i Regolamenti 1049/2001, 1/2003 e 773/2004.

Nel 2014, il Tribunale si è pronunciato²⁹² affermando che: “la divulgazione di tali informazioni potrebbe dissuadere i potenziali richiedenti il trattamento favorevole dal rilasciare dichiarazioni in forza di tali comunicazioni. Essi potrebbero, infatti, ritrovarsi in una posizione meno favorevole rispetto a quella di altre imprese che abbiano partecipato al cartello e non abbiano collaborato all'inchiesta

²⁹¹ Ordinanza del presidente della Corte dell'8 giugno 2012, Causa C-598/11 P(I), *Schenker AG contro Cathay Pacific Airways Ltd e Commissione europea*, EU:C:2012:335; Ordinanza del presidente della Corte dell'8 giugno 2012, Causa C-600/11 P(I), *Schenker AG contro Lan Airlines SA e altri*, EU:C:2012:336.

²⁹² Causa T-534/11, *Schenker AG v. European Commission*, EU:T:2014:854.

o vi abbiano collaborato meno intensamente”²⁹³. I giudici di Lussemburgo hanno, dunque, confermato quanto già affermato nella sentenza di appello *EnBW Energie*, ossia che sussiste una presunzione generale secondo cui la divulgazione di documenti inclusi in un fascicolo di un procedimento ai sensi dell’articolo 101 del TFUE pregiudica la tutela degli interessi commerciali e lo scopo delle indagini ma che comunque tale presunzione è suscettibile di prova contraria²⁹⁴.

In conclusione, cercando di sintetizzare i punti salienti di questo percorso giurisprudenziale, è possibile affermare che nelle sentenze *Pfleiderer*, *Donau Chemie* e *EnBW Energie* (sentenza di prima istanza) la Corte di giustizia ha avuto modo di sottolineare la necessità di bilanciare gli interessi, da un lato, a favore della *disclosure* dei documenti contenuti nel fascicolo dell’autorità e, dall’altro, a favore della loro protezione. Tale bilanciamento deve essere operato dai giudici nazionali caso per caso (c.d. *case-by-case assessment*).

Nel valutare gli interessi in gioco, bisogna tenere presente che l’interesse ad evitare azioni *follow-on* non è un interesse degno di tutela, come chiarito nella sentenza *CDC Hydrogene Peroxide* dalla Corte, la quale ha interpretato in maniera restrittiva la portata delle eccezioni di cui all’articolo 4 del Regolamento Trasparenza, assecondando le esigenze di accesso dei soggetti danneggiati da un cartello.

²⁹³ Ibidem, punto 56.

²⁹⁴ Ibidem, punti 57, 85, 92-94 e da 113 a 117.

Infine, a seguito dell'appello in *EnBW Energie* e della più recente pronuncia *Schenker*, sembra essersi affermato un nuovo equilibrio che tiene maggiormente conto delle esigenze di riservatezza rappresentate dalla Commissione, in quanto la Corte ha affermato l'esistenza di una presunzione generale secondo cui la divulgazione di documenti inclusi in un fascicolo di un procedimento ai sensi dell'articolo 101 del TFUE pregiudica la tutela degli interessi commerciali e lo scopo delle indagini. Tuttavia, la Corte ha comunque tenuto in considerazione gli interessi opposti, affermando che chiunque voglia ottenere il risarcimento del danno può fornire prova contraria a tale presunzione.

4.5 Ulteriori riflessioni.

Alla luce di quanto appena detto, è possibile affermare che la Direttiva Danni, vietando categoricamente ai giudici nazionali di ordinare la divulgazione delle dichiarazioni legate ad un programma di clemenza e le proposte di transazione (articolo 6, paragrafo 6), contraddice le sentenze della Corte di giustizia *Pfleiderer*, *CDC Hydrogene Peroxide*, *Donau Chemie* e *EnBW Energie* (sentenza di prima istanza), le quali, diversamente, richiedono ai giudici nazionali di operare, caso per caso, un bilanciamento degli interessi a favore e contro la *disclosure* degli stessi.

Tuttavia, occorre sottolineare che tali sentenze hanno basato la competenza dei giudici nazionali ad operare il *balancing test* sull'assenza di una disciplina dell'Unione riguardante il diritto di

accesso dei soggetti danneggiati da un'intesa ai documenti relativi a procedimenti di clemenza²⁹⁵.

Oggi, a seguito dell'entrata in vigore della Direttiva Danni, vi sono norme UE che regolano la divulgazione dei documenti contenuti nel fascicolo delle autorità garanti della concorrenza ai fini delle azioni di risarcimento del danno antitrust, e tali norme includono la categorica esenzione dalla divulgazione delle dichiarazioni legate a un programma di clemenza e delle proposte di transazione.

Per questo motivo, sembra che la Direttiva 104, nell'intento di salvaguardare il *public enforcement*, si sia ispirata alle più recenti sentenze *EnBW Energie* (sentenza di appello) e *Schenker*, le quali applicano la presunzione generale secondo cui la divulgazione di documenti inclusi in un fascicolo di un procedimento ai sensi dell'articolo 101 del TFUE pregiudica la tutela degli interessi commerciali e lo scopo delle indagini, per cui, più in generale, tale divulgazione indebolisce il *public antitrust enforcement*.

In ogni caso, la Corte di giustizia non è mai stata così rigida come il legislatore europeo nella Direttiva 104, poiché ha comunque lasciato (sia nella sentenza di appello *EnBW Energie* che nella sentenza *Schenker*) la possibilità a chiunque voglia ottenere il risarcimento del danno di dimostrare la necessità di ottenere l'accesso ai documenti del fascicolo della Commissione, al fine di consentire a quest'ultima di valutare, caso per caso, i rispettivi interessi a favore della divulgazione di tali documenti e quelli a favore della loro protezione. Al contrario, il legislatore europeo è stato categorico ed ha

²⁹⁵ Causa C-360/09, *Pfleiderer AG v Bundeskartellamt*, *supra*, punto 23; causa C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde v. Donau Chemie AG and Others*, *supra*, punto 25.

esentato *tout court* le dichiarazioni legate a un programma di clemenza e le proposte di transazione dalla *disclosure*.

4.6 La giurisprudenza successiva all'entrata in vigore della Direttiva 2014/104/UE.

A questo punto, a seguito dell'entrata in vigore della Direttiva Danni, ci si aspetterebbe un cambiamento della giurisprudenza, data la necessità di dover applicare la nuova norma di cui all'articolo 6, paragrafo 6 contenente l'esenzione assoluta. Tuttavia, questo non è ancora accaduto perché non vi è stata ancora occasione per i giudici di esprimersi in merito.

E' importante, però, qui menzionare una sentenza della Corte di giustizia del marzo 2017 che ha fatto luce su un altro particolare aspetto della questione in esame: la sentenza *Evonik Degussa* sulla pubblicazione di informazioni contenute in una decisione della Commissione che ha accertato una violazione dell'articolo 101 del TFUE²⁹⁶.

In questa occasione, la Corte ha statuito che la giurisprudenza scaturita dall'interpretazione del Regolamento n. 1049/2001, mediante la quale la Corte ha riconosciuto l'esistenza di una presunzione generale tale da giustificare il diniego di divulgazione dei documenti contenuti in un fascicolo relativo all'applicazione dell'articolo 101 TFUE, non può essere trasposta nell'ambito della

²⁹⁶ Causa C-162/15 P, *Evonik Degussa GmbH v. European Commission*, EU:C:2017:205.

pubblicazione delle decisioni in materia di infrazioni, in quanto bisogna tenere conto delle differenze esistenti tra il regime relativo all'accesso dei terzi al fascicolo della Commissione e quello relativo alla pubblicazione delle decisioni in materia di infrazioni²⁹⁷. Infatti, la pubblicazione, sotto forma di citazioni letterali, di informazioni tratte dai documenti forniti alla Commissione da un'impresa a sostegno di una dichiarazione effettuata al fine di ottenere il trattamento favorevole si distingue dalla pubblicazione di citazioni letterali di tale stessa dichiarazione. “Mentre la prima deve essere autorizzata nel rispetto della tutela dovuta, in particolare, ai segreti aziendali, al segreto professionale o alle altre informazioni riservate, la seconda non è in nessun caso consentita”²⁹⁸.

Tuttavia, è molto interessante notare che l'Avvocato Generale Szpunar²⁹⁹ distingue le dichiarazioni effettuate al fine di beneficiare di un trattamento favorevole dalle informazioni di fatto sull'infrazione, ritenendo che “la tutela assoluta delle dichiarazioni effettuate al fine di beneficiare del trattamento favorevole non impone il medesimo livello di tutela alle informazioni di fatto sull'infrazione che sono in esse contenute, nel contesto della pubblicazione delle decisioni della Commissione”³⁰⁰. Infatti, egli considera che un elemento essenziale delle azioni per il risarcimento del danno è l'accesso del pubblico alle informazioni relative ai fatti integranti l'infrazione, “in quanto consente ai terzi lesi di informarsi sullo svolgimento dell'intesa e facilita l'accertamento dei fatti relativi alla

²⁹⁷ Ibidem, punti 77 e 79.

²⁹⁸ Ibidem, punti 87 e 97.

²⁹⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar nella causa C-162/15P, *Evonik Degussa GmbH v. European Commission*, EU:C:2016:587.

³⁰⁰ Ibidem, punto 204

sussistenza e alla portata della responsabilità, nei confronti di tutti i partecipanti ad essa”³⁰¹. In effetti, il delicato equilibrio tra *private* e *public enforcement* istituito dalla Direttiva 104 potrebbe essere rimesso in discussione se la tutela assoluta concessa dalla Direttiva stessa alle dichiarazioni effettuate al fine di beneficiare del trattamento favorevole dovesse essere estesa alle informazioni relative ai fatti integranti l’infrazione, contenute in tali dichiarazioni. Pertanto, l’AG conclude affermando che: “una così ampia tutela dei documenti relativi a un programma di trattamento favorevole non può essere dedotta dalla Direttiva 2014/104, in mancanza di esplicite disposizioni in tal senso”³⁰².

5. Conclusione.

Il diritto dell’Unione europea consente l’accesso ai fascicoli della Commissione relativi ai procedimenti in materia di concorrenza a due categorie di soggetti: alle parti indagate nell’ambito dei predetti procedimenti, onde poter esercitare effettivamente il loro diritto di difesa, e alle parti segnalanti quando la Commissione intende respingere la denuncia³⁰³. Per quanto concerne, invece, i soggetti che vogliono proporre efficacemente azioni di risarcimento del danno,

³⁰¹ Ibidem.

³⁰² Ibidem, punto 205.

³⁰³ Alle parti segnalanti è riconosciuto un diritto di accesso più limitato rispetto alle parti indagate: in tal senso, l’articolo 8, comma 1 del Regolamento 773/2004 dispone che “Quando la Commissione ha informato il denunciante che essa intende respingere la denuncia [...], il denunciante può chiedere accesso ai documenti sui quali si fonda la valutazione provvisoria della Commissione. Al denunciante non può tuttavia essere conferito l’accesso ai segreti aziendali o alle altre informazioni riservate appartenenti ad altri soggetti che partecipano al procedimento”.

prima dell'entrata in vigore della Direttiva 104 essi non godevano di un diritto di accesso generale e diffuso; in ragione di ciò, data l'importanza dell'elemento probatorio nell'ambito delle azioni risarcitorie, in passato sono state utilizzate diverse strategie per ottenere l'accesso al fascicolo della Commissione, ivi inclusi i documenti rientranti in un programma di clemenza.

Uno dei motivi per cui la Direttiva Danni è stata adottata si rinviene proprio nel voler porre rimedio all'assenza di norme UE concernenti la divulgazione di documenti ai fini delle azioni per il risarcimento del danno antitrust.

Nell'adottare questa disciplina, il legislatore europeo ha dovuto tenere presente la necessità di far interagire efficacemente il *public* e il *private enforcement*, dal momento che, in assenza delle dovute cautele, la divulgazione delle prove – in particolare la divulgazione delle prove relative ad un *leniency programme* o ad un *settlement* – potrebbe mettere a repentaglio l'intero sistema di *antitrust enforcement*.

La norma relativa al diritto di ottenere la divulgazione delle prove contenuta nella Direttiva Danni (considerando n. 15) e le disposizioni sulla divulgazione dei documenti contenuti nella *grey list* e nella *white list* (articolo 6, paragrafi 5 e 9) contribuiscono ad assicurare il giusto equilibrio tra il *private* ed il *public enforcement*, agevolando le vittime di violazioni antitrust nella proposizione di azioni di risarcimento del danno e adottando, allo stesso tempo, le dovute cautele al fine di non interferire con il *public enforcement*. Lo stesso non può essere affermato relativamente alle disposizioni sulla divulgazione dei documenti contenuti nella *black list*, le quali, al

contrario sembrano spostare tale equilibrio a favore dell'applicazione pubblica delle regole antitrust.

In effetti, la divulgazione delle dichiarazioni relative ad un *leniency programme* e alle proposte di transazione è una questione molto complessa, tanto è che anche prima dell'entrata in vigore della Direttiva 104 la Corte di giustizia ha affrontato più volte questo argomento ed è sempre stata molto cauta, affermando che è necessario bilanciare, caso per caso, i rispettivi interessi a favore della divulgazione di tali documenti e quelli a favore della loro protezione. Anche quando, poi, la Corte di giustizia ha applicato la presunzione generale secondo cui la divulgazione di documenti inclusi in un fascicolo di un procedimento ai sensi dell'articolo 101 del TFUE pregiudica la tutela degli interessi commerciali e lo scopo delle indagini, la stessa ha comunque tenuto in considerazione gli interessi opposti, affermando che chiunque voglia ottenere il risarcimento del danno può fornire prova contraria a tale presunzione.

Oggi, a seguito dell'entrata in vigore della Direttiva Danni, esiste un parametro legislativo (l'articolo 6, paragrafo 6) che la Corte deve prendere in considerazione al momento della pronuncia sulla divulgazione delle dichiarazioni legate ad un programma di clemenza o sulle proposte di transazione. Tale disposizione è molto rigida in quanto prevede che i giudici nazionali non possono in alcun momento ordinare a una parte o a un terzo di divulgare prove rientranti in queste due categorie, per cui gli attori dell'azione risarcitoria non hanno alcuna possibilità di accedere ad una prova che potrebbe rivelarsi per loro decisiva.

Di conseguenza, ci si aspetta un cambiamento della giurisprudenza in materia, dal momento che è stata introdotta una regola che non lascia margini di interpretazione. Infatti, è chiaro che non è più possibile permettere ai giudici di bilanciare gli interessi in gioco con una valutazione caso per caso, né, tantomeno, lasciare la possibilità agli attori di fornire prova contraria alla presunzione generale prevista dai giudici di Lussemburgo. Tuttavia, finora, non vi è stata ancora occasione per i giudici di pronunciarsi sulla questione.

In effetti, è difficile immaginare una soluzione più equilibrata di quella adottata dalla Corte di giustizia, ossia quella di bilanciare gli interessi valutandoli caso per caso. Quest'ultima sembra essere l'unico metodo per non favorire il *public enforcement* rispetto al *private enforcement* o viceversa. Al contrario, il legislatore europeo ha preferito salvaguardare incondizionatamente l'efficienza dei programmi di clemenza e delle transazioni a scapito delle parti che hanno subito un danno e che devono produrre prove sufficienti a fondare la propria richiesta di risarcimento, in un contesto in cui l'asimmetria informativa e la difficoltà dell'analisi fattuale ed economica sono evidenti.

Pertanto, sembra che con questa particolare disposizione contenuta nell'articolo 6, paragrafo 6, il legislatore europeo non sia riuscito nel suo intento di rendere più agevole per le vittime di violazioni antitrust la richiesta di risarcimento all'autore dell'infrazione, mancando, dunque, l'obiettivo centrale della Direttiva Danni. In effetti, non avendo la possibilità di avere accesso alle dichiarazioni relative al *leniency programme* o al *settlement*,

soprattutto nelle azioni *stand-alone* ma anche nelle azioni *follow-on*, è molto difficile riuscire a dimostrare di aver subito un danno.

Dunque, è possibile affermare che tutte le disposizioni sulla divulgazione dei documenti contenute nella Direttiva 2014/104/UE contribuiscono complessivamente a compiere un grande passo in avanti nel settore *private enforcement*, ad eccezione della disposizione di cui all'articolo 6, paragrafo 6, che probabilmente avrebbe potuto essere meno rigida.

Vi sono due possibili obiezioni che potrebbero essere mosse a questa conclusione.

In primo luogo, potrebbe essere eccepito che una regola meno rigida – ad esempio quella del *case-by-case assessment* suggerita dalla Corte di giustizia – potrebbe scoraggiare le imprese cartelliste dal collaborare con le autorità antitrust: infatti, tali imprese sarebbero consapevoli che, anche se in linea di principio ciò che confessano non sarà divulgato, in un secondo momento i giudici nazionali potrebbero ordinare la divulgazione delle prove incluse nel programma di clemenza, considerando più appropriato proteggere gli interessi delle vittime della condotta anticoncorrenziale.

In effetti, è vero che l'impresa, partecipando ad un programma di clemenza, rischierebbe che le sue confessioni possano essere divulgate (con tutte le conseguenze del caso, come, ad esempio, l'influenza negativa sulla reputazione dell'impresa, la potenziale simultanea violazione di altre norme, la possibilità che siano esperite

azioni di risarcimento del danno, ecc.³⁰⁴), ma è anche vero che la stessa impresa, decidendo di collaborare con l'autorità, beneficerà di tutta una serie di vantaggi. Infatti, secondo la politica europea di clemenza, se una società che ha partecipato ad un'intesa è la prima a informare la Commissione dell'esistenza di un cartello non rilevato fornendo sufficienti informazioni per consentire alla Commissione di avviare un'ispezione presso le sedi delle società presumibilmente coinvolte nel cartello, quell'impresa otterrà l'immunità totale dalle ammende. Le società che non beneficiano dell'immunità, invece, possono comunque beneficiare di una riduzione delle ammende qualora forniscano prove che rappresentano un significativo valore aggiunto rispetto a quelle già in possesso della Commissione e qualora abbiano posto termine alla loro partecipazione al cartello. La prima azienda che soddisfa queste condizioni ottiene una riduzione dal 30 al 50%, la seconda dal 20 al 30% e le aziende successive fino al 20%³⁰⁵.

Dunque, l'impresa dovrà affrontare una valutazione del rischio e del beneficio conseguente all'adesione ad un programma di clemenza.

³⁰⁴ Cfr. A. ARENA, *Game theory as a yardstick for antitrust leniency policy: The US, EU, and Italian experiences in a comparative perspective*, in *Global Jurist* 11, n.1, 2011, p. 1935-1936.

³⁰⁵ V. <http://ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/leniency.html>. I sistemi nazionali potrebbero differire da quelli europei. Ad esempio, il regime italiano, modificato nel 2013, stabilisce che tutte le imprese che non hanno i requisiti per la piena immunità, ma che forniscono all'Autorità antitrust italiana prove preziose, possono beneficiare di una riduzione dell'ammenda che, di norma, non dovrebbe superare il 50% della sanzione applicabile. Pertanto, il sistema italiano collega la percentuale di sconto al valore delle prove fornite e non alla priorità cronologica. La versione consolidata della Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 è disponibile al seguente link: <http://www.agcm.it/rating-di-legalita/107-concorrenza/intese-e-abusi/6571-comunicazione-sulla-non-imposizione-e-sulla-riduzione-delle-sanzioni-ai-sensi-dellarticolo-15-della-legge-10-ottobre-1990-n-287.html>. Per un confronto tra le politiche di clemenza degli Stati Uniti, dell'UE e dell'Italia, cfr. A. ARENA, *Game theory as a yardstick for antitrust leniency policy: The US, EU, and Italian experiences in a comparative perspective*, *supra*, p. 1938-1941.

Una norma come quella contenuta nell'articolo 6, paragrafo 6, della Direttiva Danni tutela indirettamente imprese che hanno violato la legge e a cui viene anche offerta la possibilità di beneficiare di una riduzione delle ammende, in nome del corretto funzionamento del mercato. Non è il caso, dunque, di attenuare tale protezione, così squilibrata e propendente nei confronti del *public enforcement* e di prendere maggiormente in considerazione gli interessi delle vittime di comportamenti illeciti? Se la norma contenuta nell'articolo 6, paragrafo 6 fosse meno rigida, la Commissione e le autorità nazionali garanti della concorrenza continuerebbero comunque a svolgere il loro ruolo di autorità preposte al rispetto delle regole di concorrenza, ma il loro lavoro potrebbe certamente diventare più difficile poiché il numero di domande di adesione a programmi di clemenza potrebbe effettivamente diminuire.

Pertanto, la questione può essere posta in questi termini: quanto può essere sacrificata l'efficacia del *private enforcement* al fine di salvaguardare il *public enforcement*? Qualora si ritenga che il *private enforcement* sia soltanto uno strumento eventuale ed accessorio rispetto al *public enforcement* e che quest'ultimo sia il vero pilastro del generale sistema di applicazione delle regole di concorrenza, allora l'articolo 6, paragrafo 6 della Direttiva Danni potrebbe essere considerato funzionale rispetto al sistema, soprattutto perché la previsione di una norma chiara, ancorché rigida, è un valore in sé, poiché garantisce la certezza del diritto e la prevedibilità delle conseguenze derivanti dalla partecipazione ad un programma di clemenza. Se, al contrario, il legislatore europeo vuole rendere il *private enforcement* un sistema davvero alternativo rispetto al *public*

enforcement – come affermato, tra l’altro, nel considerando n. 5 della Direttiva 104³⁰⁶ –, allora l’articolo 6, paragrafo 6 dovrebbe essere modificato e reso meno rigido, in modo tale che i giudici possano valutare se effettivamente l’accesso alle dichiarazioni legate ad un programma di clemenza o alle proposte di transazione possa essere utile per le vittime per fondare la loro domanda risarcitoria e per loro stessi al fine di pronunciarsi sull’ “*an et quantum debeatur*”.

La seconda obiezione che può essere mossa all’idea di seguire la giurisprudenza della Corte di giustizia che prevede il *case-by-case assessment* attiene al rischio di *forum shopping*, ossia della ricerca da parte degli attori di un organismo giudicante dall’approccio più favorevole alle istanze di *disclosure*.

Tuttavia, appare difficile poter prevedere quale possa essere l’approccio dei vari giudici nazionali al caso di specie e, ancor di più, sembra improbabile poter delineare un approccio generalmente adottato dagli stessi. Infatti, le variabili che i giudici sarebbero chiamati a tenere in conto nell’ambito del *case-by-case assessment* sono tali da non poter far presumere l’esistenza di un approccio generalizzato. La Commissione ha avuto occasione di affermare che il giudice nazionale dovrebbe effettuare un bilanciamento caso per caso tra i contrapposti interessi in gioco, evitando di ordinare la divulgazione laddove: a) i *leniency applicants* siano esposti a una

³⁰⁶ Il considerando n. 5 della Direttiva 2014/104/UE infatti recita: “Le azioni per il risarcimento del danno sono solo uno degli elementi che assicurano un sistema efficace di applicazione a livello privatistico per le violazioni del diritto della concorrenza, a cui fanno da complemento *vie alternative* di ristoro, quali forme consensuali di risoluzione delle controversie e decisioni di applicazione a livello pubblicistico che incentivano le parti a riconoscere il risarcimento”.

maggior responsabilità rispetto ai coautori del cartello che non abbiano prestato alcuna forma di cooperazione nell'ambito del procedimento amministrativo; e b) l'accesso risulti sproporzionato allo scopo perseguito dal richiedente e, in particolare, non rappresenti l'unico modo per ottenere l'accesso ai documenti di cui sia stata richiesta la *disclosure*³⁰⁷. E' chiaro che tali variabili non sono valutabili aprioristicamente.

In conclusione, in vista del riesame che la Commissione è tenuta ad operare, in ossequio all'articolo 20 della Direttiva 104, entro il 27 dicembre 2020 per la presentazione al Parlamento europeo e al Consiglio della propria relazione, si ritiene che sia auspicabile che il legislatore europeo rivaluti la norma contenuta nell'articolo 6, paragrafo 6 della Direttiva e rifletta sui benefici che potrebbero derivare al sistema di *antitrust enforcement* dal seguire la giurisprudenza della Corte di giustizia sul *case-by-case assessment*.

³⁰⁷ Prima di dare seguito alla richiesta di *disclosure* avanzata dalla parte attrice nella vicenda giudiziale risarcitoria che aveva tratto origine dalla decisione della Commissione europea del 24 gennaio 2007, caso COMP/F/38.899, *Gas Insulated Switchgear*, il giudice nazionale aveva ritenuto opportuno sollecitare un intervento della Commissione in qualità di *amicus curiae*, ai sensi dell'articolo 15, comma 3, del Regolamento 1/2003 al fine di avere un chiarimento su quali fattori quest'ultimo avrebbe dovuto prendere in considerazione nello svolgere il *balancing test* di cui alla sentenza *Pfleiderer*.

CAPITOLO IV

**Effetto delle decisioni delle Autorità nazionali di
concorrenza e dei giudici del ricorso ai fini delle
azioni *follow-on***

CAPITOLO IV

Effetto delle decisioni delle Autorità nazionali di concorrenza e dei giudici del ricorso ai fini delle azioni *follow-on*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. L'effetto delle decisioni della Commissione prima dell'entrata in vigore della Direttiva 2014/104/EU. – 3. L'effetto delle decisioni delle Autorità di concorrenza nella Direttiva 2014/104/EU. – 4. Criticità dell'attuale disciplina. – 4.1. Le criticità dell'articolo 9, paragrafo 1. – 4.2. *Counterarguments*. – 4.3. Le criticità dell'articolo 9, paragrafo 2. – 4.4. Le criticità dell'articolo 9, paragrafo 3. – 5. Ulteriori riflessioni. – 6. Il recepimento dell'articolo 9 della Direttiva Danni in Italia. – 7. Una soluzione alternativa. – 8. Conclusione.

1. Introduzione

Tra gli obiettivi che il legislatore europeo si è preposto di raggiungere con la Direttiva 2014/104/UE vi è quello di voler ottimizzare l'interazione tra il *public* ed il *private enforcement* del diritto della concorrenza, assicurando una certa coerenza tra i due strumenti, e quello di incrementare l'utilizzo del *private antitrust enforcement*, cercando di stimolare le vittime di violazioni antitrust a proporre azioni per il risarcimento del danno, in modo tale da ottenere

un generale miglioramento del sistema di antitrust *enforcement*. Pertanto, la Direttiva Danni con le disposizioni contenute nell'articolo 9, ha agevolato gli attori dei giudizi *follow-on* nella prova della sussistenza della violazione, facilitando, così, anche l'ottenimento del risarcimento del danno.

L'articolo 9, infatti, prevede che una violazione antitrust constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza (in seguito, "ANC") o di un "giudice del ricorso" (a voler utilizzare la terminologia della Direttiva) deve essere ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai giudici nazionali ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza. A norma del secondo paragrafo dell'articolo 9, poi, le decisioni definitive adottate in un altro Stato membro possono, invece, essere presentate dinanzi ai propri giudici nazionali almeno a titolo di prova *prima facie* del fatto che è avvenuta una violazione del diritto della concorrenza e possono, se del caso, essere valutate insieme ad altre prove addotte dalle parti.

Queste norme hanno modificato profondamente il sistema vigente prima dell'entrata in vigore della Direttiva 104 e hanno dato luogo ad un vivace dibattito dottrinario.

Pertanto, questo capitolo intende dapprima analizzare le varie disposizioni dell'articolo 9 e, poi, rendere conto delle criticità dell'attuale sistema, valutando sia l'atto legislativo europeo che il decreto legislativo italiano di attuazione. Infine, considerato che la Commissione è tenuta ad operare un riesame della Direttiva 104 entro il 27 dicembre 2020 per la presentazione al Parlamento europeo e al

Consiglio della propria relazione (in ossequio all'articolo 20 della Direttiva stessa), verrà presentata una possibile soluzione per ovviare ad alcuni dei problemi rilevati.

2. L'effetto delle decisioni della Commissione prima dell'entrata in vigore della Direttiva 2014/104/EU.

Prima dell'entrata in vigore della Direttiva 104/2014/UE, soltanto le decisioni adottate dalla Commissione europea erano vincolanti per i giudici nazionali, mentre le decisioni delle autorità nazionali garanti della concorrenza ("ANC") erano generalmente considerate una mera prova privilegiata della violazione delle norme antitrust.

In generale, la vincolatività delle decisioni della Commissione europea si desume – tutt'oggi – innanzitutto dall'articolo 288 TFUE, il quale statuisce che: "la decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi", e dall'articolo 4, paragrafo 3 TUE che recita: "gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione".

Per quanto riguarda, in particolare, le decisioni relative al diritto antitrust, il Regolamento (CE) n. 1/2003 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 101 e 102 del Trattato prevede all'articolo 16 che quando le giurisdizioni nazionali o le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche già oggetto di una decisione della Commissione, essi non possono prendere decisioni che

siano in contrasto con la decisione previamente adottata dalla Commissione. Pertanto, se la Commissione europea ha adottato una decisione che constata la violazione del diritto della concorrenza da parte di una o più imprese, il giudice nazionale competente a pronunciarsi sull'azione di risarcimento del danno intentata contro una o più delle stesse imprese, sulla base della stessa infrazione, deve considerare dimostrata l'esistenza di tale infrazione.

Dal punto di vista giurisprudenziale, invece, l'effetto vincolante delle decisioni della Commissione è stato riconosciuto per la prima volta dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nelle sentenze *Delimitis*³⁰⁸ e *Masterfoods*³⁰⁹, le quali sono state emesse ancor prima dell'entrata in vigore del Regolamento n. 1/2003. In particolare, nella sentenza *Masterfoods*, la Corte di giustizia ha stabilito che “i giudici nazionali, quando si pronunciano su accordi o pratiche che sono già oggetto di decisione da parte della Commissione, non possono adottare decisioni in contrasto con quella della Commissione, anche se quest'ultima è in contrasto con la decisione pronunciata da un giudice nazionale di primo grado”³¹⁰. Infatti, sulla base dei principi che disciplinano la ripartizione di competenze tra la Commissione e i giudici nazionali in merito all'applicazione delle norme comunitarie

³⁰⁸ Causa C-234/89, *Stergios Delimitis v Henninger Bräu AG*, EU:C:1991:91, punto 47: “[...] si deve tener conto del fatto che i giudici nazionali rischiano di adottare decisioni incompatibili con quelle che la Commissione ha adottato o intende adottare per l'applicazione degli artt. 85, n. 1, e 86 nonché dell'art. 85, n. 3. Tali decisioni contraddittorie sarebbero in contrasto col principio generale della certezza del diritto e sono pertanto da evitarsi allorché i giudici nazionali si pronunciano su accordi o pratiche che possono costituire ancora oggetto di decisione da parte della Commissione”.

³⁰⁹ Causa C-344/98, *Masterfoods Ltd v HB Ice Cream Ltd*, EU:C:2000:689.

³¹⁰ *Ibidem*, punto 52. Questa sentenza si basa sul principio di leale cooperazione (di cui all'articolo 4, paragrafo 3 del TUE), che include un obbligo giuridico reciproco per l'UE e gli Stati membri “di aiutarsi reciprocamente nello svolgimento dei compiti derivanti dai trattati” e sul principio di presunzione di legittimità degli atti delle istituzioni europee fino al loro annullamento o ritiro.

sulla concorrenza, la Commissione condivide la sua competenza con i giudici nazionali³¹¹; tuttavia, essa ha il diritto di adottare in qualsiasi momento decisioni individuali per l'applicazione di tali norme, anche qualora un accordo o un pratica costituisca già l'oggetto di una decisione del giudice nazionale e la prevista decisione della Commissione sia in contraddizione con la detta decisione giurisdizionale³¹².

Quanto alle decisioni delle autorità nazionali garanti della concorrenza, occorre sottolineare che in alcuni Stati membri già prima dell'entrata in vigore della Direttiva Danni, la legislazione nazionale prevedeva che tali decisioni fossero vincolanti per i giudici nazionali competenti a pronunciarsi sulle azioni *follow-on*³¹³. Ad esempio, nel Regno Unito, la sezione 58A del *Competition Act* del 1998³¹⁴ – poi modificato dal *Consumer Rights Act* del 2015 – conferisce alle decisioni finali sulla violazione del diritto della concorrenza un effetto vincolante sui tribunali ordinari e sul *Competition Appeal Tribunal*³¹⁵. La stessa scelta era stata fatta dalla legislazione ungherese e da quella della Repubblica Ceca. In Germania, invece, la sezione 33 del *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (UWG, ossia la legge sulla concorrenza sleale) si spinge oltre e conferisce un effetto vincolante non solo a tutte le decisioni prese dal *Bundeskartellamt* (l'Autorità

³¹¹ Causa C-234/89, *Stergios Delimitis v Henninger Bräu AG*, punto 45.

³¹² Causa C-344/98, *Masterfoods Ltd v HB Ice Cream Ltd*, punto 48.

³¹³ Cfr. J. RIFFAULT-SILK, *The binding effect of national competition authorities decisions – observations on Article 9 of the Commission Proposal of Directive on Antitrust Damages*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, p. 553.

³¹⁴ Disponibile al seguente link: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/41/contents>.

³¹⁵ Per un'analisi sull'effetto delle decisioni a norma della sezione 58A del *Competition Act* del 1998, cfr. R. NAZZINI, *The Binding effect of decisions by Competition Authorities in the European Union*, in *Italian Antitrust Review*, p. 80-87.

tedesca garante della concorrenza), ma anche a quelle adottate da tutte le altre autorità nazionali garanti della concorrenza nell'UE³¹⁶. La Francia, dal canto suo, anticipando la futura scelta della Direttiva Danni, aveva introdotto una “*présomption irréfragable*” nell'ambito, però, delle sole azioni di gruppo intentate dalle associazioni dei consumatori³¹⁷. In altri Stati membri, come l'Italia, invece, una decisione finale adottata dall'Autorità garante della concorrenza dello stesso Stato in cui veniva proposta l'azione *follow-on* rappresentava soltanto una prova *prima facie* che poteva essere confutata nel corso dei giudizi susseguenti³¹⁸.

In definitiva, dunque, prima dell'entrata in vigore della Direttiva Danni, le decisioni adottate dalla Commissione europea erano vincolanti per tutti i giudici nazionali, mentre il valore giuridico delle decisioni adottate dalle autorità nazionali garanti della concorrenza variava da uno Stato membro all'altro a seconda della nazionalità dell'autorità in questione.

³¹⁶ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Abschnitt 2, 33b: “Wird wegen eines Verstoßes gegen eine Vorschrift dieses Teils oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union Schadensersatz gefordert, so ist das Gericht an die Feststellung des Verstoßes gebunden, wie sie in einer bestandskräftigen Entscheidung der Kartellbehörde, der Europäischen Kommission oder der Wettbewerbsbehörde oder des als solche handelnden Gerichts in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union getroffen wurde. Das Gleiche gilt für entsprechende Feststellungen in rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen, die infolge der Anfechtung von Entscheidungen nach Satz 1 ergangen sind. Diese Verpflichtung gilt unbeschadet der Rechte und Pflichten nach Artikel 267 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union”, disponibile al seguente link: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/index.html.

³¹⁷ Cfr. F. VALERINI, *Gli effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato sul processo civile*, in B. SASSANI (a cura di), *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017*, n. 3, 2017, p. 141.

³¹⁸ Cfr. L. PANZANI, *Binding effect of decision adopted by National Competition Authorities*, in *Italian Antitrust Review*, p. 99.

3. *L'effetto delle decisioni delle Autorità di concorrenza nella
Direttiva 2014/104/EU.*

Il sistema descritto nel paragrafo precedente, basato sul Regolamento (CE) n. 1/2003 e, dunque, sulla vincolatività delle decisioni della Commissione, è stato integrato dalle previsioni contenute nell'articolo 9 della Direttiva Danni, il quale prevede, come si è detto, la vincolatività delle decisioni definitive adottate dalle Autorità nazionali garanti della concorrenza e dai giudice del ricorso ai fini delle azione *follow-on* per il risarcimento del danno.

E' evidente che lo scopo perseguito dal legislatore europeo attraverso queste previsioni è innanzitutto quello di voler assicurare coerenza tra *public* e *private enforcement* e, poi, quello di incentivare le azioni *follow-on* e di facilitare il ricorrente nel provare la violazione del diritto della concorrenza.

Al fine di comprendere meglio la norma in parola ed il significato di “constatazione definitivamente accertata” di una violazione dell'articolo 101 o 102 TFUE, l'articolo 9, paragrafo 1, della Direttiva 104 deve essere letto alla luce del considerando n. 34 della stessa. Quest'ultimo, infatti, specifica che tale constatazione in una decisione definitiva di un'ANC o di un giudice del ricorso non dovrebbe essere rimessa in discussione in successive azioni per il risarcimento del danno. Inoltre, lo stesso considerando precisa che l'effetto della constatazione dovrebbe riguardare soltanto la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, così come determinata dall'autorità garante della concorrenza o dal giudice del ricorso nell'esercizio della sua

giurisdizione. Infine, visto che – come anticipato – la principale preoccupazione del legislatore europeo è quella di assicurare l'efficacia e la coerenza dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, il considerando n. 34 rimanda all'articolo 11, paragrafo 4, del regolamento (CE) n. 1/2003 ed alla necessaria cooperazione tra Commissione ed autorità nazionali garanti della concorrenza in esso prevista. Una decisione definitiva relativa ad una violazione antitrust, infatti, proprio per la sua caratteristica della definitività, deve essere adottata seguendo una specifica procedura che assicuri la cooperazione tra Commissione ed autorità nazionali garanti della concorrenza³¹⁹. Il rispetto di tale procedura è condizione di validità della decisione nazionale finale e comunque il giudice nazionale può pronunciarsi su di essa, in quanto, per rispettare la Direttiva Danni, anche il regolamento n. 1/2003 deve essere osservato.

In relazione al secondo paragrafo dell'articolo 9 della Direttiva 104, vale a dire la disposizione concernente le decisioni delle autorità nazionali garanti della concorrenza di altri Stati membri e le sentenze pronunciate in sede di impugnazione, occorre innanzitutto ricordare che la Commissione, già nel suo documento di lavoro di accompagnamento al Libro bianco del 2008, lasciava agli Stati membri la possibilità di invocare la clausola dell'ordine pubblico e, dunque, di considerare non vincolante la decisione o la sentenza

³¹⁹ Il considerando n. 34, infatti, prevede che: "Tali decisioni sono adottate solamente dopo che la Commissione è stata informata della decisione prevista oppure, in mancanza di essa, di qualsiasi altro documento che esponga la linea d'azione proposta a norma dell'articolo 11, paragrafo 4, del regolamento (CE) n. 1/2003 e nel caso in cui la Commissione non abbia privato l'autorità nazionale garante della concorrenza della sua competenza tramite l'avvio di un procedimento, conformemente all'articolo 11, paragrafo 6, di tale regolamento".

proveniente da un altro Stato membro nel caso in cui il principio del giusto processo ed il diritto di difesa non fossero stati rispettati³²⁰.

La soluzione adottata dalla Direttiva, invece, è molto più blanda, in quanto la decisione dell'autorità garante della concorrenza di un altro Stato membro assume semplicemente il valore di prova *prima facie* del fatto che è avvenuta una violazione del diritto della concorrenza, la quale dovrà comunque essere valutata insieme a qualsiasi altra prova ottenuta durante il procedimento pendente dinanzi al giudice civile nazionale.

La questione principale che si pone nell'analisi di questo secondo paragrafo dell'articolo 9 consiste nel determinare cosa sia una prova "*prima facie*". A tal fine, è opportuno riferirsi al considerando n. 35 della Direttiva Danni, il quale specifica che "[la] constatazione formulata in una decisione definitiva dell'autorità nazionale garante della concorrenza o del giudice del ricorso [...] può, se del caso, essere valutata insieme ad altri elementi di prova presentati dalle parti". Dunque, tale disposizione sembrerebbe voler garantire che i giudici degli Stati membri possano prendere in considerazione la

³²⁰ *Commission Staff Working Paper*, di accompagnamento al Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM(2008) 165, 2 aprile 2008, Chapter 4, B, 2, 171.2: "In the context of the recognition of civil and commercial judgments, Article 34(1) of Regulation 44/2001 allows the courts of a Member State to exceptionally refuse the recognition of a judgment from another Member State on the ground of public policy, primarily if the right to fair legal process was not guaranteed during the proceedings leading to the judgment. The rights of defence and fair trial are guaranteed by the [ECHR] and the [EUCFR] and all Member States' instances are held to fully respect them in the proceedings that lead to an NCA decision and in subsequent review court proceedings. The Commission would nonetheless see no objection if Member States were to introduce an additional safeguard ensuring the protection of the rights of defence, and to make the binding effect of an NCA decision from another Member State subject to an exception analogous to that contained in Article 34(1) of Regulation 44/2001 as regards fair legal process", disponibile al seguente link: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52008SC0404>.

decisione di una ANC straniera come fonte di una presunzione relativa di infrazione, tuttavia, quest'ultima deve comunque essere valutata tenendo conto anche di altri fattori. Pertanto, è possibile affermare che una decisione di un'autorità nazionale garante della concorrenza di uno Stato membro dell'UE è prova ammissibile dinanzi al giudice di un altro Stato membro in un'azione di risarcimento del danno e, in quanto prova "*prima facie*", consente al giudice – ma non lo obbliga – di stabilire che l'infrazione accertata nella decisione è provata. Ad ogni modo, è comunque assicurato il diritto del convenuto di confutare la presunzione derivante dalla decisione.

4. Criticità dell'attuale disciplina.

Come visto nei capitoli precedenti, la Direttiva Danni introduce importanti novità nel diritto della concorrenza e rappresenta un grande passo in avanti nel campo del *private enforcement* ma, per alcuni aspetti, può essere migliorata. A nostro parere, anche le disposizioni di cui all'articolo 9, infatti, non sono prive di imperfezioni e possono destare alcune perplessità.

Pertanto, è opportuno analizzare le criticità dell'attuale disciplina. A tal fine, si procederà dapprima all'esame dell'articolo 9, paragrafo 1, dando conto del vivace dibattito dottrinario che è scaturito dalla previsione dell'articolo in parola: dunque, si analizzeranno, in prima battuta, tutti quegli argomenti che la dottrina ha posto a sostegno dell'incompatibilità del sistema delineato dalla Direttiva 104 con gli ordinamenti nazionali e con quello europeo (si

veda il paragrafo 4.1), e, in seconda battuta, si prenderanno in considerazione le motivazioni per le quali, invece, si può ritenere possibile integrare armonicamente tali sistemi (si veda il paragrafo 4.2). In seguito, si affronterà la disamina delle criticità del paragrafo 2 e del paragrafo 3 dell'articolo 9.

4.1 Le criticità dell'articolo 9, paragrafo 1.

Il primo paragrafo dell'articolo 9³²¹, stabilisce un principio molto chiaro: le decisioni definitive di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sono ritenute definitivamente accertate ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali.

Questa disposizione mira ad equiparare i sistemi di tutela dei singoli Stati membri alle regole applicabili nei rapporti tra decisioni antitrust della Commissione e giudizi civili nazionali³²², al fine di creare condizioni di omogeneità tra i vari Paesi dell'Unione in nome

³²¹ In commento a tale disposizione, si veda A. GIUSSANI, *Direttiva e principi del processo civile italiano*, in *AIDA*, 2015, p. 251 e ss..

³²² Si veda l'articolo 16 del Regolamento (CE) n. 1/2003: "1. Quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 o 82 del trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Esse devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati. A tal fine le giurisdizioni nazionali possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da esse avviati. Tale obbligo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi di cui all'articolo 234 del trattato. 2. Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri si pronunciano su accordi, decisioni o pratiche ai sensi dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione".

della certezza del diritto nelle azioni risarcitorie e di un più agevole accesso alla tutela privata.

In effetti, l'articolo 9, paragrafo 1 della Direttiva Danni non fa altro che codificare l'intento della Commissione, manifestato nel Libro bianco del 2008, di voler assimilare l'effetto delle decisioni definitive adottate dall'autorità garante della concorrenza e dal giudice del ricorso all'effetto delle decisioni adottate dalla Commissione europea³²³.

Tale parallelismo, però, non ha convinto parte della dottrina per vari motivi.

In primo luogo, è stato rilevato che le decisioni della Commissione possono dirsi vincolanti per i giudici nazionali in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione europea e, in particolare, degli articoli 101 e 102 TFUE, in quanto la Commissione è l'istituzione deputata alla realizzazione della politica europea di concorrenza, con il solo limite del controllo giurisdizionale della Corte di giustizia³²⁴. Di conseguenza, la limitazione dell'indipendenza dei giudici che deriva dalla vincolatività delle decisioni della

³²³ Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, *supra*, par. 2.3: "Ogniqualvolta la Commissione europea constata in una decisione l'infrazione dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del Trattato CE, le vittime di tale infrazione possono, ai sensi della giurisprudenza consolidata e dell'articolo 16, paragrafo 1 del Regolamento n. 1/2003, citare tale decisione come prova vincolante in un procedimento civile per danni. Per le decisioni adottate dalle autorità nazionali di concorrenza (NCA) che constatano un'infrazione degli articoli 81 o 82, norme simili esistono attualmente soltanto in alcuni Stati membri. La Commissione non vede alcuna ragione per cui una decisione definitiva adottata ai sensi dell'articolo 81 o 82 da un'autorità nazionale della rete europea della concorrenza (ECN) e una sentenza definitiva emessa da una corte d'appello, che conferma la decisione dell'autorità nazionale o che constata essa stessa un'infrazione, non debbano essere accettate in ogni Stato membro come prova inconfutabile dell'infrazione in successive cause civili per il risarcimento dei danni antitrust".

³²⁴ O. PALLOTTA, *Public e private antitrust enforcement alla luce della direttiva 2014/104/UE: l'equilibrio alterato*, in *Studi sull'integrazione europea*, XII, 2017, p. 632.

Commissione può giustificarsi facendola rientrare nell'alveo della più ampia limitazione di sovranità che tutti gli Stati membri hanno accettato nel momento in cui sono entrati a far parte dell'Unione europea³²⁵ e nell'ambito dell'obbligo di conformazione derivante dal dovere di rispetto del diritto UE da parte dei giudici nazionali³²⁶. Al contrario, le decisioni delle autorità nazionali di concorrenza, essendo provvedimenti amministrativi interni, non possono dirsi vincolanti in nome del principio del primato del diritto UE, nonostante le stesse siano adottate in applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE. La definizione del rapporto tra le autorità indipendenti e i giudici nazionali, infatti, rientra nella competenza degli ordinamenti nazionali³²⁷.

In secondo luogo, l'articolo 9, paragrafo 1, eliminando ogni margine di autonomo apprezzamento e libero convincimento del giudice in ordine all'accertamento del fatto illecito, impone al giudice dell'azione *follow-on* un limite molto stringente che, secondo alcuni, potrebbe porsi in contrasto con alcuni principi costituzionali nazionali,

³²⁵ Per quanto concerne l'ordinamento italiano, a tal proposito, vengono in rilievo gli articoli 11 e 117 della Costituzione, i quali prevedono rispettivamente che "L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo" e che "La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali".

³²⁶ A tal proposito, si segnala una recente sentenza della Corte costituzionale (n. 142/2018) con la quale la Corte, pur in riferimento alla materia degli aiuti di Stato, ha rigettato una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Enna (per contrarietà della legge di ratifica del Trattato di Lisbona agli artt. 24, 101 e 104 Cost.) affermando – in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia – che il vincolo del giudice alle decisioni della Commissione deriva dalla limitazione di sovranità ex art. 11 Cost. e che, inoltre, il sistema giurisdizionale UE è completo e coerente, ammettendo comunque la possibilità di sindacare le decisioni della Commissione con il ricorso di annullamento (o con il rinvio pregiudiziale di validità).

³²⁷ Ibidem.

quali il libero convincimento dei giudici³²⁸ ed il loro obbligo di motivare i provvedimenti giurisdizionali³²⁹. La circoscrizione dell'ambito di vincolatività alla sola natura della violazione ed alla portata materiale, personale, temporale e territoriale non riduce l'impatto innovativo della disposizione in commento, in quanto al giudice civile competente ad esprimersi sul risarcimento del danno – in contrasto con il consolidato orientamento³³⁰ – resta soltanto il

³²⁸ Al momento di decidere, infatti, il giudice compie la sua libera valutazione sui fatti del caso, e quindi applica la regola riferita al caso di specie. Le prove legali (come giuramenti o confessioni) possono essere considerate come le uniche eccezioni al principio del libero convincimento del giudice. In Italia, questo principio è stabilito dall'articolo 116 del codice di procedura civile ed è sostenuto dalla giurisprudenza della Corte di cassazione (8 maggio 2006, n. 10499, 6 febbraio 2003, n. 1747, 12 maggio 1999, n. 4687). V. anche EEA EFTA Comment on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the EU of 13 November 2013, Ref. 1127165: "[...] Giving final infringement decisions of foreign competition authorities binding effect in subsequent damages actions before national courts would, in the view of the EEA EFTA States, diminish the competence and independence of national courts and the judges right and duty to a free evaluation of evidence" (disponibile al seguente link: <http://www.efta.int/sites/default/files/documents/eea/eea-efta-comments/2013/2013-11-13-EEA-EFTA-Comment-on-action-for-damages.pdf>).

³²⁹ In effetti, in tutti i giudizi sul merito, i giudici devono ricostruire il fatto storico e devono spiegare, nella motivazione, come sono arrivati alla decisione finale. V. L.G. PAPALEO, *Principio del libero convincimento del giudice: giusta ponderazione tra legalità, libertà ed arbitrio nell'applicazione della legge*, 2009. Questo principio è, ad esempio, stabilito nell'articolo 111.6 della Costituzione italiana.

³³⁰ La giurisprudenza italiana, ad esempio, aveva fino ad ora riconosciuto alle decisioni dell'autorità di concorrenza il valore di mera prova "privilegiata", al fine di facilitare il buon esito delle azioni private e superare le complessità dell'effettivo accertamento che un giudice ordinario può compiere. Cfr. *ex plurimis* Cass. civ., Sez. VI, ordinanza del 16 gennaio 2013, n. 5327: "La giurisprudenza di questa corte è ormai univoca nell'affermare che, nel giudizio promosso dal consumatore, ed avente ad oggetto il risarcimento del danno da questi patito in conseguenza di un'illecita intesa restrittiva della concorrenza posta in essere dal professionista: gli atti del procedimento, in esito al quale l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato ha accertato la sussistenza di un'intesa orizzontale tra compagnie assicuratrici ed irrogato al professionista una sanzione, costituiscono una prova privilegiata, nel senso che al professionista è consentito fornire la prova contraria dei fatti accertati, senza che sia possibile nel giudizio civile rimettere in discussione i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede".

compito di individuare il nesso eziologico, accertare il danno e quantificarlo³³¹.

In terzo luogo, la sottrazione al giudice interno della possibilità di valutare la sussistenza degli elementi costitutivi dell'illecito antitrust e, quindi, delle condizioni di applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, desta ulteriori perplessità in quanto l'effetto diretto di tali norme implica, al contrario, la loro piena valutabilità da parte delle giurisdizioni nazionali. Queste ultime, infatti, svolgendo una funzione essenziale nell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie, dovrebbero poter applicare pienamente tali articoli³³² ed, invece, l'articolo 9, paragrafo 1 non lo permette.

In quarto luogo, secondo parte della dottrina, vi è il rischio di un conflitto con i principi contenuti nella CEDU nel caso in cui le decisioni antitrust nazionali siano state assunte nell'ambito di un procedimento amministrativo che non rispetti le garanzie del c.d. "*due process*". Questa evenienza può aversi soprattutto quando le decisioni adottate da una ANC siano divenute definitive per decorrenza dei termini di impugnazione e, quindi, non siano state oggetto di un vaglio operato dal giudice del ricorso avente piena giurisdizione. A tal proposito, infatti, in dottrina è stato evidenziato che le autorità di concorrenza nazionali, al pari della Commissione europea, sono preordinate alla politica di concorrenza ed al perseguimento di

³³¹ O. PALLOTTA, *Public e private antitrust enforcement alla luce della direttiva 2014/104/UE: l'equilibrio alterato*, in *Studi sull'integrazione europea*, XII, 2017, p. 631.

³³² Cfr. il considerando n. 7 del Regolamento 1/2003: "Le giurisdizioni nazionali svolgono una funzione essenziale nell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie. Esse tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie fra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni. Le giurisdizioni nazionali svolgono sotto questo aspetto un ruolo complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. Occorrerebbe quindi consentire loro di applicare pienamente gli articoli [101] e [102] del trattato".

determinati interessi pubblici³³³ per cui non possono essere definite istituzioni terze e imparziali³³⁴. Quanto alla giurisprudenza, invece, la nota sentenza *Menarini*³³⁵ della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ha chiarito che “[l]a conformità con l’articolo 6 della Convenzione non esclude che in un procedimento di natura amministrativa, una “pena” sia inflitta da un’autorità amministrativa”; tuttavia, “[s]i presuppone però che la decisione di un’autorità amministrativa che non soddisfi le condizioni di cui all’articolo 6, paragrafo 1 debba subire un controllo a posteriori da un organo giudiziario avente giurisdizione piena”. La Corte EDU, inoltre, chiarisce che “tra le caratteristiche di un organo giudiziario avente piena giurisdizione vi è il potere di riformare in ogni modo, in fatto come in diritto, la decisione resa da un organo di grado inferiore. Detto giudice deve

³³³ Cfr. S. BARIATTI, L. PERFETTI, *Prime osservazioni sulle previsioni del “Libro bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust” della Commissione e del Codice del Consumo*, in F. ROSSI DAL POZZO, B. NASCIMBENE (a cura di), *Il provate enforcement delle norme sulla concorrenza*, 2009, p. 27-28. Gli autori, nel rilevare il contrasto dell’effetto vincolante delle decisioni antitrust dell’autorità di concorrenza con i principi fondamentali della Costituzione, insuscettibili di essere derogati anche dal diritto comunitario, quali quello di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi (art. 24 Cost.) e quello del contraddittorio, sottolineano che: “le ragioni per le quali si sia ritenuta anticoncorrenziale la condotta dal punto di vista dell’osservazione della protezione dell’interesse pubblico poss[ono] essere riferite all’ordine economico complessivo ed essere del tutto inadatte a comprovare il danno del singolo consumatore o utente, il quale, tuttavia, quando agirà in giudizio si troverà avanti ad un giudice vincolato al contenuto di accertamenti e qualificazioni giuridiche che sono rese da un soggetto (l’AGCM, in ispecie) che agisce nel perseguimento di un interesse diverso dal suo ed in sua assenza”.

³³⁴ O. PALLOTTA, *Public e private antitrust enforcement alla luce della direttiva 2014/104/UE: l’equilibrio alterato*, *supra*, p. 633; S. BARIATTI, L. PERFETTI, *Prime osservazioni sulle previsioni del “Libro bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust” della Commissione e del Codice del Consumo*, *supra*, p. 13.

³³⁵ CEDU, *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italia*, 27 settembre 2011, n. 43509/08.

essere competente a *giudicare tutte le questioni* di fatto e di diritto rilevanti per la controversia per cui è adito” (corsivo aggiunto)³³⁶.

In quinto luogo, l’assoggettamento del giudice civile alle decisioni di una ANC – soprattutto se non impugnate – potrebbe porre ancora un’altra questione di compatibilità con altri due principi costituzionali generalmente riconosciuti³³⁷ e tutelati anche dall’ordinamento UE³³⁸ e dalla CEDU³³⁹: l’indipendenza del giudice e la sua sottoposizione unicamente alla legge³⁴⁰. La dottrina ha, infatti,

³³⁶ In proposito, è interessante rilevare che il Decreto Legislativo del 19 gennaio 2017, n. 3 “Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell’Unione europea” (GU Serie Generale n.15 del 19-01-2017) all’articolo 7, primo comma, precisa che: “Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima”.

³³⁷ Una delle prime sentenze italiane in tema di indipendenza del giudice è quella della Corte Costituzionale n. 8 del 27 febbraio 1962, la quale ha ribadito che il giudice è vincolato solo alla legge “in modo che egli sia chiamato ad applicarla senza interferenze od intervenienti al di fuori di essa” ma ha anche affermato che “la Costituzione non esclude affatto la possibilità che il legislatore emani norme le quali, senza incidere su quei principi, valgano a regolare l’attività degli organi giurisdizionali, dettando disposizioni che il giudice è tenuto ad applicare nell’esercizio delle sue funzioni”.

³³⁸ V. Cause riunite C-174/98 P e C-189/98 P, *Regno dei Paesi Bassi e Gerard van der Wal contro Commissione delle Comunità europee*, EU:C:2000:1, punto 17: “il principio generale di diritto comunitario secondo cui ogni persona ha diritto a un processo equo, che si ispira all’art. 6 della CEDU [...] comporta il diritto a un tribunale indipendente, in particolare indipendente dal potere esecutivo”.

³³⁹ Cfr. F. GAMBINI, *Commento all’art. 6*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Padova, 2012, p. 176 e ss..

³⁴⁰ Tali rischi di conflitto sono stati rilevati anche nella Relazione illustrativa del Governo dello Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva 2014/104/UE relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell’Unione europea (disponibile al seguente link: <http://documenti.camera.it/apps/leg17/attigoverno/schedalavori/getSchedaCamera.asp?atto=350&tipoAtto=Atto&leg=17&tab=2>), in cui si legge: “L’effetto dell’accertamento contenuto nel provvedimento dell’autorità nei confronti dell’autore della violazione [...] appare [...] compatibile con i principi costituzionali in materia di diritto di difesa, poiché la sostanziale limitazione dei poteri processuali della parte convenuta, che non può dare prova contraria dell’avvenuta violazione che sia accertata in via definitiva, va coordinata con la

sottolineato che già l'articolo 16 del Regolamento 1/2003, proibendo ai giudici nazionali di prendere decisioni in contrasto con le decisioni della Commissione, faceva sì che i giudici nazionali non fossero soggetti soltanto alla legge³⁴¹. Una possibile giustificazione a questa eccezione alla regola potrebbe risiedere nel fatto che “l'accertamento dell'Autorità deve ritenersi più attendibile non solo a causa della formazione speciale dei suoi funzionari, ma anche perché l'indagine viene condotta d'ufficio senza i vincoli che il principio dispositivo comporta nel processo civile”³⁴². Tuttavia, al giudice del caso concreto, che gode di indipendenza ed agisce su sollecitazione delle parti, non d'ufficio e non per perseguire interessi pubblici se non quello di ristabilire la legalità, dovrebbe sempre spettare l'ultima parola, in particolare sotto il profilo dell'accertamento del fatto³⁴³. La stessa dottrina ha, pertanto, ritenuto che la decisione dell'autorità di concorrenza può rendere giuridicamente rilevante la sussistenza di determinati fatti ma non può vincolare il giudice che, si ricordi, può subire vincoli in punto di accertamento del fatto soltanto da parte delle prove legali (comunque impugnabili).

piena garanzia giurisdizionale accordata all'autore della violazione nei confronti dei provvedimenti sanzionatori dell'autorità”. Inoltre, la Relazione aggiunge che: “il principio di soggezione del giudice (solo) alla legge non ammette che il giudice civile davanti al quale viene proposta un'azione di responsabilità, sulla base della constatazione della violazione delle regole di concorrenza contenuta in una decisione dell'autorità garante semplicemente inoppugnabile, sia ad essa, comunque, vincolato, anche di fronte ad una evidente illegittimità”. (p. 10-11).

³⁴¹ Cfr. A. GIUSSANI, *Direttiva e principi del processo civile italiano*, in *AIDA*, 2015, p. 251.

³⁴² Così A. GIUSSANI, *ibidem*.

³⁴³ *Ibidem*. L'autore spiega, dunque, che in questi termini si spiega “il tradizionale paradosso del giudice peritus peritorum (ossia la regola che permette al giudice di incaricare un terzo di compiere un'indagine per la quale non è attrezzato e tuttavia restare sovrano nel dividerne o meno le risultanze)”.

In sesto ed ultimo luogo, la disposizione in commento, sembrerebbe incidere anche sul diritto di difesa del convenuto di un'azione di risarcimento del danno³⁴⁴, in quanto, *in primis*, attribuisce una preclusione assimilabile a quella del giudicato ad un accertamento compiuto nell'ambito di un procedimento amministrativo e non in sede giurisdizionale³⁴⁵, e, poi, riduce la possibilità di fornire la prova contraria. Al convenuto, infatti, è lasciata la sola chance di contestare la sussistenza del nesso eziologico tra fatto illecito e danno (ormai accertato) e l'esistenza del danno stesso e di proporre l'eccezione di prescrizione.

Del pari, anche il diritto dell'attore di fornire la prova circa l'eventuale maggiore portata e/o durata dell'illecito antitrust rispetto a quanto accertato dall'ANC potrebbe essere leso dalla disposizione in questione, in quanto il procedimento antitrust dal quale deriva la decisione finale dell'autorità potrebbe riguardare condotte temporaneamente e/o materialmente più estese rispetto a quanto accertato nel provvedimento finale³⁴⁶.

³⁴⁴ Tale diritto è riconosciuto sia dall'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo che dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nel senso che ciascun cittadino ha il diritto a che un giudice indipendente e imparziale, costituito per legge, esamini equamente ogni causa.

³⁴⁵ V. DE CAROLIS, *Il Decreto legislativo n. 3/2017 (attuativo della Direttiva) sul c.d. private antitrust enforcement, tra tecniche di ripartizione dell'onere della prova e (potenziali) ricadute sull'onere di allegazione*, in B. SASSANI (a cura di), *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, Pacini Giuridica, 2017, p. 157.

³⁴⁶ O. PALLOTTA, *Public e private antitrust enforcement alla luce della direttiva 2014/104/UE*., *supra*, p. 631-632.

4.2 Counterarguments.

Sebbene le argomentazioni appena esposte facciano risaltare tutte le difficoltà esistenti nell'accettare un'innovazione così dirompente come quella dell'articolo 9, paragrafo 1 della Direttiva Danni, è opportuno sottolineare che in dottrina sono emerse anche posizioni di segno opposto – a nostro parere più condivisibili –, le quali considerano la possibilità di integrare armonicamente il sistema delineato dalla Direttiva 104 con i sistemi nazionali. Tra questi ultimi, al fine della presente trattazione, si prenderà come modello il sistema italiano.

Innanzitutto, al fine di fugare dubbi di costituzionalità di cui si è fatto cenno e di verificare se esistano argomenti idonei a suffragare un corretto recepimento della Direttiva Danni, è fondamentale prima di tutto chiarire quale sia la natura e l'efficacia, nelle vicende antitrust, dell'atto amministrativo d'accertamento di infrazioni.

Quanto alla natura di tale atto amministrativo, è evidente che, come ogni provvedimento amministrativo, esso ha natura decisoria di un caso concreto e si risolve in una dimensione dichiarativa capace di riflettersi all'esterno nella produzione di effetti dichiarativi³⁴⁷. Infatti, l'autorità garante della concorrenza, nella costruzione del caso concreto, compie dapprima l'attività di interpretazione delle norme, poi verifica l'esistenza e la rilevanza dei fatti, connette fatti e norme all'istruttoria e, infine, esplicita le risultanze dei propri convincimenti nella motivazione. Tali attività si svolgono nell'ambito di un

³⁴⁷ B. GILIBERTI, *Accertamento amministrativo e risarcimento del danno nell'art. 9, co. I della Direttiva antitrust 104/2014*, in *AIDA*, 2015, p. 178.

procedimento amministrativo che assicura la partecipazione di chiunque vanti un interesse qualificato³⁴⁸.

Quanto appena detto contribuisce, dunque, a sostenere l'apprezzabilità dell'articolo 9, paragrafo 1 della Direttiva Danni, in quanto la scelta legislativa di attribuire efficacia di accertamento vincolante alla decisione amministrativa antitrust nell'ambito dei giudizi civili è sostenuta dal fatto che quella decisione ha attitudine a produrre effetti di accertamento.

Nell'ambito del procedimento civile per il risarcimento del danno antitrust, secondo la costante giurisprudenza civile, poi, il provvedimento amministrativo antitrust ha natura di prova, per cui l'attore, producendo in giudizio il provvedimento dell'autorità garante della concorrenza, adempie l'onere probatorio di dimostrare la violazione della normativa antitrust. A tal proposito, però, occorre precisare che la giurisprudenza ha talvolta parlato di “prova privilegiata”³⁴⁹, permettendo, dunque, al convenuto di fornire la prova

³⁴⁸ Ibidem. Il Consiglio di Stato italiano ha fornito ulteriori precisazioni in proposito, evidenziando che i provvedimenti dell'Autorità antitrust hanno natura atipica e sono articolati in più parti, che corrispondono alle fasi del controllo svolto dall'Autorità: a) una prima fase di accertamento dei fatti; b) una seconda di “contestualizzazione” della norma posta a tutela della concorrenza che, facendo riferimento, soprattutto nel settore antitrust, a “concetti giuridici indeterminati” (quali il mercato rilevante, l'abuso di posizione dominante, le intese restrittive della concorrenza) necessita di un'esatta individuazione degli elementi costitutivi dell'illecito contestato; c) una terza fase in cui i fatti accertati vengono confrontati con il parametro come sopra “contestualizzato”; d) un'ultima fase di applicazione delle sanzioni, previste dalla disciplina vigente (Cons. Stato, IV, 23 aprile 2002, n. 2199). In relazione ai procedimenti davanti alle Autorità indipendenti, v. P. DE PASQUALE, *Diritto dell'Unione europea e procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in S. M. CARBONE (a cura di), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht: verso nuove regole* – Convegno, Genova, 31 maggio-1 giugno 2012 / SIDI, p. 434 e ss..

³⁴⁹ Cfr. Corte di Cassazione, sez. III, 22 settembre 2011. n. 19262: “Nel giudizio instaurato ai sensi dell'art. 33, comma 2, della l. n. 287/1990, per il risarcimento dei danni derivanti da intese restrittive della libertà di concorrenza, pratiche concordate o abuso di posizione dominante, sebbene le conclusioni assunte dall'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato, nonché le decisioni del giudice amministrativo che eventualmente abbiano confermato o riformato quelle decisioni, costituiscano una prova

contraria³⁵⁰, ed altre volte ha invece ritenuto che la produzione in giudizio del provvedimento antitrust non destituisca integralmente l'attore dall'onere probatorio. L'attore, infatti, deve provare la sussistenza di tutti gli altri elementi costitutivi dell'illecito e primariamente il nesso di causalità tra condotta anticoncorrenziale e danno patito³⁵¹.

privilegiata in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso, ciò non esclude che sia possibile per le parti offrire prove a sostegno di tale accertamento o ad esso contrarie; tuttavia la Compagnia di assicurazioni non può limitarsi a produrre un elemento meramente indiziario, rappresentato dal parere dell'Isvap, reso su richiesta dell'Agcom, nel quale si enuncia il dato statistico che, mediamente, nell'esercizio del ramo r.c. auto le compagnie registrano forti perdite, ben potendo essa fornire la prova relativa all'esistenza, in concreto, di tali perdite, mediante la produzione dei propri bilanci". In termini, cfr. Corte di Cassazione, sez. III, 13 febbraio 2009, n. 3640; Corte di Cassazione, sez. III, 18 agosto 2011, n. 17362.

³⁵⁰ Cfr. Corte di Cassazione, sez. III, 10 maggio 2011, n. 10211: "Lo scambio sistematico di informazioni tra compagnie assicurative, che comprende dati sensibili e che comporta un aumento illecito dei premi, costituisce intesa orizzontale in violazione delle norme sulla concorrenza che consente ai consumatori di agire giudizialmente per ottenere il risarcimento dei danni subiti. Qualora l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) abbia accertato, come è avvenuto nel caso concreto, che l'intesa orizzontale illecita si sia tradotta in un danno economico rilevante per i consumatori, questi, per ottenere il risarcimento dei danni, hanno il diritto di avvalersi della presunzione che il premio sia indebitamente aumentato proprio in conseguenza della condotta anticoncorrenziale tenuta dalla Compagnia. L'assicuratore è sempre ammesso a fornire la prova contraria alla citata presunzione di responsabilità, dimostrando cioè l'interruzione del nesso causale tra la partecipazione al comportamento anticoncorrenziale illecito e l'aumento delle tariffe, ma per fare ciò non può richiamare circostanze che sono già state oggetto di accertamento, nel procedimento sanzionatorio, da parte dell'AGCM, né sono ammissibili prove generiche, riferite alla situazione generale del mercato assicurativo; infatti, la prova dell'insussistenza del nesso causale deve riguardare situazioni specifiche, attinenti alla singola impresa assicuratrice, al singolo assicurato, alla singola polizza, tali da dimostrare che l'aumento del premio sia riferibile a circostanze concrete e non, invece, all'intesa illecita posta in essere dalle compagnie". Così anche Corte di Cassazione, sez. III, 18 dicembre 2009, n. 26748.

³⁵¹ Cfr. Trib. di Milano, 18 aprile 2014: "L'efficacia probatoria del provvedimento sanzionatorio emesso dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato è limitata, nel successivo giudizio civile volto ad ottenere il risarcimento del danno, all'accertamento della posizione dominante sul mercato della società convenuta e alla qualificazione della sua condotta come abusiva e non si estende anche alla verifica della sussistenza di tutti gli ulteriori elementi necessari per il ristoro dei pregiudizi subiti dai danneggiati".

A questo punto, occorre affrontare la questione relativa all'ammissibilità che un atto amministrativo produca effetti vincolanti nei giudizi civili, precludendo al giudice l'accesso integrale al fatto. A tal proposito, vi è innanzitutto da dire che la decisione dell'autorità viene adottata seguendo una specifica procedura di cui all'articolo 11 del Regolamento n. 1/2003 che garantisce la cooperazione con la Commissione europea³⁵². Al termine di tale procedura viene fatta una valutazione tecnica che solo l'autorità garante della concorrenza – a questo preposta –, con i suoi funzionari specializzati³⁵³, può effettuare³⁵⁴. La dottrina italiana, ad esempio, ha evidenziato che l'AGCM è dotata in via esclusiva di competenza amministrativa nel settore della concorrenza, per cui il giudice è tenuto ad attenersi alla

³⁵² Cfr. C. PESCE, *Non applicazione del diritto nazionale incompatibile con il diritto antitrust dell'Unione*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauero*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, p. 2261-2262. L'autrice sottolinea che l'obbligo posto dal Regolamento n. 1/2003 di notifica dell'avvio e della conclusione di procedimenti nazionali nei quali si faccia applicazione degli artt. 101-102 TFUE da parte delle ANC alla Commissione consente a quest'ultima di "venire tempestivamente a conoscenza delle valutazioni svolte dall'ANC precedente, nonché, in casi eccezionali e previa consultazione, di intervenire ed avocare a sé il caso, laddove ritenga che l'interpretazione degli artt. 102-102 TFUE elaborata dall'autorità precedente sia palesemente contrastante con i principi del diritto europeo della concorrenza, con la giurisprudenza della Corte di giustizia e/o con la prassi consolidata della stessa Commissione".

³⁵³ S. BARIATTI, L. PERFETTI, *Prime osservazioni sulle previsioni del "Libro bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust" della Commissione e del Codice del Consumo*, *supra*, parlando dell'efficacia probatoria della decisione antitrust, affermano che: "Resta evidente che il valore persuasivo di una simile prova sarà in concreto assai elevato, in considerazione del risultare da un procedimento svolto in contraddittorio e debitamente approfondito, forse anche più di quanto non possa avvenire nel corso del giudizio ordinario per via della specializzazione degli attori procedimentali", p. 23.

³⁵⁴ In dottrina si è evidenziato che grazie alla c.d. "modernizzazione antitrust" (avvenuta tramite il Regolamento n. 1/2003) ed ai principi giurisprudenziali espressi nella pronuncia *CIF* dalla Corte di giustizia (causa C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) contro Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, EU:C:2003:430) le autorità statali di natura amministrativa e giurisprudenziale sono ritenute le prime responsabili e protagoniste dell'applicazione delle norme dell'Unione sulla competitività. In proposito, cfr. C. PESCE, *Non applicazione del diritto nazionale incompatibile con il diritto antitrust dell'Unione*, *supra*, p. 2262.

valutazione da essa compiuta³⁵⁵. Anzi, alcuni hanno ritenuto che, in virtù della particolare autorità di chi li compie, si sarebbe dinanzi ad accertamenti che debbono essere distinti dalle mere consulenze tecniche stragiudiziali ma anche dagli accertamenti tecnici preventivi e, essendo realizzati in contraddittorio, meriterebbero di essere considerati “atti pubblici efficaci, ai fini della prova, ai sensi dell’art. 2700 c.c.”³⁵⁶. A tal proposito, è interessante notare che la Corte di Cassazione italiana, già nel 2007, nella sentenza *Fonsai*³⁵⁷, pur confermando l’indipendenza del giudizio civile rispetto a quello amministrativo, ha riconosciuto il carattere autorevole delle decisioni dell’AGCM, anche in virtù della sua specializzazione, tale da consentire al giudice di merito di fondare sulle stesse la prova, nel

³⁵⁵ R. BIANCHI, *Tutela aquiliana antitrust: verso un nuovo sottosistema della responsabilità civile?*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2007, p. 1616. In dottrina ci si è chiesti “fino a che punto è corretto spingersi nel sindacare in sede giurisdizionale un’attività particolarmente complessa e caratterizzata da profili altamente specialistici e tecnici, quale quella svolta dalle autorità indipendenti” (R. CHIEPPA, *La cooperazione tra giudice italiano, l’Autorità garante e la Commissione europea*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell’Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 314). L’autore sottolinea che la risposta a questo quesito potrebbe “essere influenzata dalla fiducia che nei vari ordinamenti e nei diversi periodi storici autorità e/o magistratura competente per il sindacato giurisdizionale in materia hanno saputo conquistarsi”. A tal proposito, viene richiamata un’efficace considerazione di S. Cassese: “Se le autorità indipendenti in Italia non nascono in opposizione ai giudici, ci si può chiedere, tuttavia, perché venga attribuito il compito di decidere questioni di interesse collettivo ad autorità dotate di indipendenza, i cui membri vengono scelti con criteri particolarmente selettivi e sottoposti a incompatibilità ben superiori a quelle dei giudici, per assoggettare, poi, la loro attività all’ordinario sindacato giurisdizionale” (S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, p. 221).

³⁵⁶ M. SCUFFI, *Orientamenti consolidati e nuove prospettive nella giurisprudenza italiana antitrust*, in *Atti del Convegno V UAE-LIDC, Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 16-17 maggio 2002.

³⁵⁷ Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305. Cfr. C. FRATEA, *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell’Unione europea – Profili europei, internazionali e interni*, Napoli, 2015, p. 214-215; M. SIRAGUSA, *L’effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della commissione e il suo impatto nell’ordinamento italiano*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, p. 309.

caso concreto, della violazione delle regole di concorrenza. Secondo la Suprema Corte, per dimostrare l'esistenza dell'illecito antitrust in sede civile, "sarà sufficiente allegare l'accertamento dell'intesa concorrenziale da parte dell'Autorità garante".

Di più facile dimostrazione è, invece, l'ammissibilità della vincolatività di una decisione del "giudice del ricorso" (a voler utilizzare la terminologia della Direttiva Danni) resa in sede di impugnazione della decisione adottata dall'autorità garante della concorrenza, pure molto dibattuta³⁵⁸. A tal fine, è indispensabile analizzare la questione riguardante il sindacato del giudice amministrativo.

Parte della dottrina ha sottolineato, infatti, che il sistema di tutela giurisdizionale amministrativa ammette sugli atti amministrativi un sindacato solo debole, esterno e limitato all'apprezzamento di illegittimità dell'atto stesso, per cui il giudice amministrativo dinanzi al quale è stata impugnata la decisione dell'autorità garante della concorrenza non potrebbe valutare i fatti posti a fondamento della decisione stessa³⁵⁹. Tuttavia, questa situazione non può più dirsi

³⁵⁸ Cfr. M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, p. 66, secondo cui l'accertamento del giudice amministrativo sottrae a quello civile il potere di conoscere incidentalmente del provvedimento rilevante, anzi lo obbliga a conformarsi al giudicato cui consegue definitivamente l'eliminazione o la stabilizzazione del provvedimento amministrativo. Di diverso avviso M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino, 2006, p. 217, per la quale l'accertamento amministrativo e il relativo giudicato restano del tutto irrilevanti al fine della decisione del giudizio civile.

³⁵⁹ M. SIRAGUSA, *L'effetto delle decisioni delle Autorità Nazionali della Concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, p. 313, ove si sostiene che le previsioni della Direttiva in materia di efficacia *erga omnes* dell'accertamento contenuto nei provvedimenti delle autorità garanti della concorrenza stridono con il principio costituzionale del diritto di difesa delle parti: "Il Tar e il Consiglio di Stato garantiscono infatti un completo riesame delle decisioni Agcm solo limitatamente all'ammontare della sanzione. Rispetto all'accertamento dell'infrazione, invece, i giudici amministrativi si

attuale in quanto nella vigente legislazione italiana il giudice amministrativo è ormai titolare di poteri istruttori rilevanti, che gli permettono un consapevole ed approfondito accesso al fatto³⁶⁰. In particolare, il Consiglio di Stato ha chiarito che il limite del sindacato del giudice ai soli vizi di legittimità non preclude a quest'ultimo un pieno accesso alla conoscenza dei fatti posti a fondamento della decisione dell'autorità; nessun ostacolo, neppure di carattere processuale (a seguito dell'introduzione nel processo amministrativo dello strumento della C.T.U., sia nella giurisdizione esclusiva che in quella di legittimità) osta, infatti, alla possibilità che il giudice amministrativo verifichi pienamente la verità dei fatti sottesi al provvedimento impugnato³⁶¹. Il giudice, secondo il Consiglio di Stato, deve verificare direttamente i fatti posti a fondamento di tali

limitano ad un sindacato c.d. «debole», rinunciando a sostituire la propria valutazione a quella compiuta dall'Agcm per quanto concerne i «profili tecnici [in cui] siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità, come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza». Ebbene proprio questi «profili tecnici» - caratterizzati da un «margine di opinabilità» eppure sottratti ad un completo controllo giurisdizionale - sono esattamente gli stessi accertamenti che la direttiva renderebbe vincolanti per il giudice nazionale. Ora, è già difficile accettare che questi profili siano soggetti soltanto a un sindacato «debole» nell'ambito di un processo di impugnazione sulla validità dell'atto sanzionatorio, in quanto tale approccio sembra ben lungi dal soddisfare i precisi requisiti fissati dalla Corte di Strasburgo in *Menarini*. Ciò che però risulta a maggior ragione del tutto inaccettabile, nonché foriero di seri problemi di costituzionalità, è che un siffatto limite al controllo giurisdizionale si ripercuota in sede civile, relativamente a giudizi non d'impugnazione ma bensì di cognizione, in cui il giudice è chiamato a conoscere direttamente dei fatti di causa e a ricostruirli secondo il proprio libero convincimento”.

³⁶⁰ Se si esamina il quadro normativo, ponendo attenzione ai poteri istruttori del giudice amministrativo, si noterà come l'art. 63 del codice del processo amministrativo si chiuda al comma quinto con la previsione per cui il giudice può disporre anche l'assunzione degli altri mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile (fatta eccezione per l'interrogatorio formale e il giuramento). Cfr. B. GILIBERTI, *Accertamento amministrativo e risarcimento del danno nell'art. 9, co. I della Direttiva antitrust 104/2014*, *supra*, p. 197.

³⁶¹ Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, 977; Id., 1 ottobre 2002, n. 5156, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, 2505. Cfr. A. LEONI, *La tutela giurisdizionale contro gli atti dell'AGCM in materia antitrust*, in L. F. PACE (a cura di), *Dizionario Sistematico del Diritto della Concorrenza*, Napoli, Jovene Editore, 2013, p. 425.

provvedimenti ed esercitare un sindacato di legittimità sull'individuazione del parametro normativo da parte dell'autorità e sul raffronto con i fatti accertati; può, quindi, censurare le valutazioni tecniche, compreso il giudizio tecnico finale, che, attraverso un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza tecnica, appaiono inattendibili. Il giudice, dunque, non potrà sostituirsi ad un potere già esercitato ma dovrà controllare che la valutazione tecnica svolta dall'autorità nell'esercizio di tale potere sia corretta tanto nella fase di contestualizzazione della norma a tutela della concorrenza quanto in quella di confronto tra i fatti accertati e il parametro contestualizzato. Il Consiglio di Stato ha, infine, comparato il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'AGCM con quello svolto dalla Corte di giustizia UE sugli atti della Commissione, evidenziandone l'uniformità³⁶².

Pertanto, proprio a seguito della riforma del processo amministrativo, si è cercato di superare la tradizionale antinomia tra sindacato forte e debole³⁶³. Tali osservazioni, in materia antitrust, sono

³⁶² Evidenzia infatti il Consiglio di Stato nella decisione n. 926/2004 che “il sindacato della Corte di Giustizia, esercitato sulle valutazioni economiche complesse fatte dalla Commissione, è stato espressamente limitato alla verifica dell'osservanza delle norme di procedura e di motivazione, nonché dell'esattezza materiale dei fatti, dell'insussistenza d'errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere [...] È anche vero che, al di là delle affermazioni di principio sopra descritte, i giudici comunitari hanno in realtà analizzato molto spesso in modo accurato le analisi economiche svolte dalla Commissione; ma ciò è quanto si ritiene possa fare anche il giudice amministrativo”.

³⁶³ Nella sentenza del T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 4 giugno 2013, n. 638, questa antinomia viene definita “sclerotizzata”. Cfr. R. MASTROIANNI, *Poteri e competenze del giudice amministrativo in materia di concorrenza alla luce dei principi dell'Unione europea*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 304-305. L'autore sottolinea che l'attuale orientamento, abbandonando i parametri del controllo “forte” e “debole”, sembra corrispondere al punto di vista dei giudici di Lussemburgo. Questi ultimi, infatti, ritengono che “sebbene negli ambiti che richiedono valutazioni economiche complesse la Commissione disponga di un potere discrezionale in materia economica, ciò non implica che il giudice dell'Unione debba

condivise dalla giurisprudenza ordinaria e amministrativa³⁶⁴ e, dunque, sembrano doversi dire definitivamente fugati i dubbi di costituzionalità e di pienezza di tutela sopra esposti.

Inoltre, anche la CEDU nella sentenza *Menarini* ha dichiarato che il tribunale amministrativo italiano ed il Consiglio di Stato sono organi giudiziari aventi piena giurisdizione³⁶⁵. Di fatto, secondo i giudici di Strasburgo, tali corti soddisfano gli standard di indipendenza e imparzialità richiesti ad un tribunale ed il loro ruolo non è limitato semplicemente alla verifica della legalità, ma essi possono anche verificare se l'AGCM ha fatto un uso corretto dei propri poteri, se le sue decisioni sono proporzionate, arrivando fino a controllare le valutazioni tecniche. In particolare, il Consiglio di Stato

astenersi dal controllare l'interpretazione, da parte della Commissione, di dati di natura economica. Infatti, il giudice dell'Unione è tenuto in particolare a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova addotti, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che ne sono state tratte" (Causa C-386/10 P, *Chalkor AE Epexergasias Metallon contro Commissione europea*, EU:C:2011:815, p. 54). L'ambito del controllo è poi naturalmente esteso al merito rispetto alle sanzioni, in conformità all'art. 31 del regolamento CE n. 1/2003 ed all'art. 261 TFUE.

³⁶⁴ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050, n. 3: "Il sindacato del giudice amministrativo è pieno e particolarmente penetrante e può estendersi sino al controllo dell'analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall'Autorità, e, in superamento della distinzione tra sindacato "forte o "debole", va posta l'attenzione unicamente sulla ricerca di un sindacato, certamente non debole, tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere in materia antitrust, ma di verificare - senza alcuna limitazione - se il potere a tal fine attribuito all'Autorità sia stato correttamente esercitato. Tale orientamento esclude limiti alla tutela giurisdizionale dei soggetti coinvolti dall'attività dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) individuando quale unica preclusione l'impossibilità per il giudice di esercitare direttamente il potere rimesso dal legislatore all'Autorità". In termini, Consiglio di Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926.

³⁶⁵ CEDU, *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italia*, 27 settembre 2011, n. 43509/08, punti da 59 a 67. Per un commento, v. M. BUQUICCHIO, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle azioni antitrust: brevi note a margine della sentenza Menarini*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 359-370.

può andare oltre una revisione “formale” della coerenza logica del ragionamento dell’AGCM e può anche effettuare un’analisi dettagliata dell’adeguatezza della sanzione, tenendo conto dei parametri pertinenti, compresa la proporzionalità. Per questi motivi, la Corte EDU ha ritenuto che l’articolo 6 della Carta è rispettato.

Di conseguenza, visto che il controllo dei giudici amministrativi nazionali è così pieno, sembra potersi concludere che i giudici civili chiamati a decidere sul risarcimento del danno antitrust possono fare affidamento sulla valutazione da loro effettuata e possono essere da questa vincolati senza pregiudizio dei principi costituzionali.

Un’ultima puntualizzazione riguarda l’efficacia soggettiva del provvedimento amministrativo e del giudicato amministrativo.

Quanto al primo aspetto, in dottrina è stato rilevato che i soggetti vincolati agli effetti giuridici del provvedimento sono, oltre alla stessa amministrazione (che, però, ha poteri di autotutela), tutti gli interessati: i diretti destinatari, le altre amministrazioni interessate e i controinteressati. Questi ultimi, in particolare, pur non avendo partecipato al procedimento per l’emanazione del provvedimento, possono egualmente, da un lato, proporre un ricorso qualora abbiano subito un pregiudizio, dall’altro, potendo sempre confidare in quella regolamentazione di interessi, qualora abbiano ricevuto un vantaggio dal provvedimento, vedere le utilità che ne provengono loro consolidarsi, una volta decorso il tempo di impugnazione³⁶⁶. Pertanto, essi possono beneficiare dell’efficacia probatoria di quel

³⁶⁶ B. GILIBERTI, *Accertamento amministrativo e risarcimento del danno nell’art. 9, co. I della Direttiva antitrust 104/2014*, *supra*, p. 182.

provvedimento in sede di procedimento per risarcimento del danno antitrust. In proposito, occorre ricordare che la Direttiva Danni concepisce come vincolante solo il provvedimento favorevole a chi intenda agire per il risarcimento del danno.

Per quanto concerne l'efficacia soggettiva del giudicato amministrativo, invece, si registrano notevoli difformità di opinioni. In particolare, limitandosi a quanto di interesse, ossia relativamente alle sentenze di rigetto passate in giudicato (le sole rilevanti per l'articolo 9, paragrafo 1 della Direttiva Danni), i dubbi riguardano l'influenza sulle posizioni sostanziali esistenti prima del giudizio³⁶⁷. Sebbene, infatti, la tendenza sia quella di confermare la regola che vuole il giudicato prodursi tra le parti³⁶⁸, non manca chi abbia prospettato che dell'efficacia del giudicato possano beneficiare tutti i titolari di un controinteresse rispetto a quello del ricorrente³⁶⁹,

³⁶⁷ Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Giudicato amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 2676: "discussi in dottrina e giurisprudenza sono gli effetti della sentenza di rigetto e la sua idoneità a passare in cosa giudicata sostanziale. [...] La giurisprudenza tradizionale tende a escludere che sulla sentenza di rigetto possa formarsi il giudicato sostanziale, proprio sul rilievo che la sentenza non produce effetti modificativi o innovativi rispetto al precedente assetto dei rapporti sostanziali. [...] Non mancano peraltro sentenze secondo cui il giudicato amministrativo di merito si forma anche sulle determinazioni di rigetto [...]. Altre decisioni esplicitamente affermano che il giudicato di rigetto, a differenza di quello di annullamento, copre il dedotto ed il deducibile [...] o che comunque sulla sentenza di rigetto possa formarsi il giudicato".

³⁶⁸ Cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 18 settembre 2013, n. 1943: "Con riferimento ai limiti soggettivi del giudicato amministrativo, secondo il principio generale stabilito in ambito civile dall'art. 2909 c.c., il giudicato amministrativo medesimo ha efficacia tra le parti del giudizio e può dunque essere invocato solo dalle stesse anche per far valere eventualmente la nullità di atti amministrativi assunti in contrasto con il "*decisum*". Se per alcune categorie di atti aventi effetti generali, come i provvedimenti urbanistici, si parla di effetti "*erga omnes*", essi devono essere intesi solo relativamente agli effetti caducatori - non potendosi concepire un atto annullato di carattere generale solo per alcuni soggetti e non per altri - mentre per gli effetti conformativi, ovvero quelli volti a indirizzare la successiva attività amministrativa, la pronuncia fa stato unicamente "*inter partes*".

³⁶⁹ V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, p. 970: "Quanto al controinteressato che sia rimasto estraneo al giudizio [...] la dottrina in

indipendentemente dalla partecipazione al processo. A tal proposito, vi è stato chi ha affermato che, in realtà, in caso di rigetto del ricorso amministrativo, è il provvedimento amministrativo stesso e la sua forza espansiva soggettiva che continuano a regolare la vicenda materiale³⁷⁰.

In conclusione, alla luce di quanto esposto in precedenza, pare possibile ritenere, sotto il profilo oggettivo, che il provvedimento amministrativo abbia attitudine a produrre effetti di accertamento e, sotto quello soggettivo, che dei suoi effetti possano avvalersi non solo i diretti destinatari del provvedimento ma tutti i soggetti interessati dalla regola contenuta in quest'ultimo (indipendentemente dalla effettiva partecipazione al procedimento e dall'essere costoro destinatari diretti del provvedimento stesso). L'attitudine del provvedimento antitrust a produrre effetti soggettivi anche nei confronti dei soggetti non direttamente destinatari dell'atto sembra poter essere confermata anche nel caso in cui la regola emanata dall'autorità sia stata assoggettata ad impugnazione e questa sia stata rigettata con sentenza definitiva. D'altronde, questa soluzione non pare incidere sulla pienezza di tutela di chi si ritenga danneggiato dal provvedimento amministrativo antitrust che accerti un'infrazione, perché il sistema è strutturato nel senso di permettergli il ricorso alla magistratura amministrativa, che oggi sembra disporre di adeguati

parola è dell'avviso che, nei suoi confronti, si formi ugualmente il giudicato, le volte in cui si sia in presenza di un rapporto inscindibile o comunque connesso con quello che lo riguarda. Difatti, si afferma che la situazione accertata in capo al ricorrente [...] opera necessariamente nei confronti di tutti i soggetti che si trovino in una situazione incompatibile con quella accertata in favore del ricorrente vittorioso”.

³⁷⁰ B. GILIBERTI, *Accertamento amministrativo e risarcimento del danno nell'art. 9, co. I della Direttiva antitrust 104/2014*, *supra*, p. 202.

strumenti di sindacato, specie per ciò che attiene all'accesso e alla revisione dei fatti³⁷¹.

4.3 Le criticità dell'articolo 9, paragrafo 2.

Per quanto riguarda le disposizioni di cui all'articolo 9, paragrafo 2, invece, il carattere non vincolante delle decisioni provenienti da altri Stati membri solleva preoccupazioni in quanto sembra mettere in dubbio il principio del mutuo riconoscimento, pietra angolare del mercato interno nonché dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, come stabilito all'articolo 3 TUE e dall'articolo 67 TFUE.

In realtà, il diverso effetto delle decisioni nazionali e straniere non era previsto nella proposta della Direttiva Danni³⁷², la quale, al contrario, riconosceva lo stesso effetto probatorio delle decisioni della Commissione alle decisioni finali dei giudici nazionali e delle corti di appello. L'attuale formulazione dell'articolo 9, paragrafo 2, deriva, invece, da un "*Presidency compromise*" che, al fine di ottenere il più

³⁷¹ Ibidem, p. 202-203.

³⁷² Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi della legislazione nazionale a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea COM(2013) 404, 11.6.2013, paragrafo 4.3: "Ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1, del regolamento n.1/2003, una decisione della Commissione relativa a un procedimento d'applicazione degli articoli 101 o 102 del trattato ha un effetto probatorio nelle azioni per il risarcimento del danno intentate successivamente, poiché la giurisdizione nazionale non può prendere decisioni che siano in contrasto con quanto statuito dalla Commissione. È opportuno conferire un effetto simile alle decisioni definitive relative a un'infrazione adottate dalle autorità nazionali garanti della concorrenza (o da un'istanza di ricorso nazionale)", disponibile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:IT:PDF>. V. anche Causa C-199/11, *Europese Gemeenschap contro Otis NV e altri*, EU:C:2012:684.

ampio accordo possibile, rimuove l'effetto vincolante transfrontaliero delle decisioni nazionali e semplicemente obbliga gli Stati membri ad accettare tali decisioni come mezzi di prova, in linea con le norme procedurali nazionali applicabili³⁷³.

Sebbene questa soluzione sia stata necessaria per catalizzare il consenso sulla proposta della Direttiva e garantirne l'approvazione da parte del legislatore dell'Unione, è difficilmente condivisibile che una direttiva che cerchi di armonizzare le legislazioni nazionali per migliorare il funzionamento del mercato interno e che si pone l'obiettivo di garantire l'applicazione uniforme degli articoli 101 e 102 TFUE tra Commissione, autorità nazionali e giudici interni, introduca elementi di significativa frammentazione, rinunciando al mutuo riconoscimento.

Infatti, una volta posta la regola della vincolatività delle decisioni adottate dalle autorità nazionali di concorrenza, il principio del mutuo riconoscimento e quello di leale cooperazione tra le varie istituzioni degli Stati membri avrebbero piuttosto dovuto condurre ad una equiparazione dell'efficacia probatoria delle decisioni adottate da tutte le autorità di concorrenza facenti parte dell'*European Competition Network* (ECN). Quest'ultimo, infatti, è stato creato per garantire un'applicazione efficace e coerente delle regole di concorrenza e per consentire alle varie autorità di concorrenza di collaborare. Peraltro, sulle ANC incombe un'eguale responsabilità nella salvaguardia dell'efficacia degli articoli 101 e 102 TFUE nel

³⁷³ The Council of the EU, Interinstitutional File 2013/0185 (COD) of 27 November 2013, disponibile al seguente link: <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2015983%202013%20INIT>.

mercato interno e nella loro applicazione uniforme sotto la vigilanza della Commissione europea ed il vaglio della Corte di giustizia.

4.4 Le criticità dell'articolo 9, paragrafo 3.

Il terzo paragrafo dell'articolo 9, invece, lascia al giudice interno il potere-dovere di sollevare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia a norma dell'articolo 267 TFUE³⁷⁴.

Tale previsione, da un certo punto di vista, non sorprende perché, come è ben noto, qualsiasi organo nazionale che detenga i requisiti indicati dalla Corte di giustizia per poter essere definito “giurisdizionale” può o, a seconda dei casi, deve operare il rinvio pregiudiziale³⁷⁵. Ciò che sorprende, a nostro parere, è piuttosto la sua collocazione nell'ambito dell'articolo 9 della Direttiva rubricato “Effetto delle decisioni nazionali”: questo particolare, infatti, induce a ricollegare l'eventualità di ottenere una sentenza della Corte di giustizia alla possibilità di liberarsi dall'effetto vincolante delle decisioni delle ANC o dei giudici del ricorso.

Tuttavia, in relazione a questa disposizione, occorre innanzitutto escludere proprio la possibilità che essa venga interpretata nel senso di permettere al giudice interno chiamato a decidere su una richiesta di risarcimento del danno antitrust in un'azione *follow-on* di sollevare un rinvio pregiudiziale in relazione alla decisione nazionale di una ANC o di un giudice del ricorso

³⁷⁴ Una tale disposizione era già prevista anche nell'articolo 16, paragrafo 1 del Regolamento n. 1/2003.

³⁷⁵ Cfr. G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea – parte istituzionale*, settima ed., Giappichelli Editore, Torino, 2016, p. 427-433.

divenuta per egli vincolante, trattandosi evidentemente di un atto interno. La facoltà e l'obbligo di rinvio, infatti, possono tutt'al più venire in rilievo soltanto nei casi in cui il giudice nazionale, chiamato ad applicare gli articoli 101 o 102 TFUE ad una determinata fattispecie, nutra dei dubbi sulla validità o sull'interpretazione dell'atto europeo, inteso quale decisione della Commissione che si è pronunciata sulla medesima fattispecie³⁷⁶.

La disposizione in parola non può neanche essere considerata come una clausola di salvaguardia che limita, in qualche modo, l'effetto vincolante delle decisioni delle ANC e dei giudici del ricorso. Infatti, se così interpretata, la norma potrebbe far sorgere alcune perplessità in merito alla sua compatibilità con il principio dell'autorità della cosa giudicata.

Pertanto, occorre escludere anche la possibile interpretazione di questa disposizione – orientata dal Libro bianco 2008³⁷⁷ – che permette al giudice di effettuare un rinvio pregiudiziale su questioni generali riguardanti l'esatta portata degli articoli 101 e 102 TFUE al

³⁷⁶ Si ricordi, tuttavia, che il rinvio pregiudiziale può (o, a seconda dei casi, deve) essere operato già dal giudice amministrativo nazionale. Quest'ultimo, infatti ha la facoltà (se giudice non di ultima istanza) o l'obbligo (se giudice di ultima istanza) di operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per ottenere una pronuncia sulla validità delle decisioni della Commissione o sulla corretta interpretazione delle norme UE di concorrenza. A tal proposito, cfr. C. PESCE, *Non applicazione del diritto nazionale incompatibile con il diritto antitrust dell'Unione*, *supra*, p. 2260. In relazione alla prassi italiana di remissione alla Corte di giustizia di quesiti pregiudiziali in materia di concorrenza nel contenzioso amministrativo, si veda R. MASTROIANNI, *Poteri e competenze del giudice amministrativo in materia di concorrenza alla luce dei principi dell'Unione europea*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 306-309.

³⁷⁷ Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, *supra*, par. 2.3: l'obbligo di rispettare le decisioni amministrative antitrust “dovrebbe applicarsi lasciando impregiudicato il diritto, ed eventualmente l'obbligo, dei giudici nazionali di richiedere chiarimenti sull'interpretazione degli articoli 81 o 82 ai sensi dell'articolo 234 del Trattato CE”.

fine di scovare qualche profilo di incompatibilità della decisione o della sentenza nazionale definitiva rispetto alla corretta interpretazione delle norme del Trattato fornita dalla Corte di giustizia. Infatti, qualora il giudice del risarcimento ricevesse dalla Corte di giustizia una sentenza di segno contrario all'interpretazione degli articoli 101 e 102 TFUE operata da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato, ci si troverebbe in una situazione di contrasto tra giudicato interno (del giudice del ricorso) e diritto UE così come interpretato dalla Corte di giustizia. Pertanto, al giudice dell'azione *follow-on* non resterebbe altro da fare che attenersi alla sentenza interpretativa della Corte di giustizia. Tuttavia, la disapplicazione della sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato per contrasto con il diritto UE lede il principio dell'intangibilità della *res iudicata*, principio generale anche dell'ordinamento UE³⁷⁸, che, evidentemente, deve essere temperato con il principio del primato del diritto dell'Unione³⁷⁹.

Dunque, a nostro parere, l'unica interpretazione del paragrafo 3 dell'articolo 9 che sembra essere compatibile con il sistema europeo e con quelli nazionali è quella secondo la quale il rinvio pregiudiziale è previsto in questa disposizione per dare al giudice civile nazionale la possibilità di richiedere alla Corte di giustizia un'interpretazione sulla corretta applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE ma

³⁷⁸ Causa C-69/14, *Dragoș Constantin Târșia contro Statul român e Serviciul Public Comunitar Regim Permisi de Conducere și Immatriculare a Autovehiculelor*, EU:C:2015:662, punto 28 : “[...] va ricordata l'importanza che riveste, sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione che negli ordinamenti giuridici nazionali, il principio dell'intangibilità del giudicato. Infatti, al fine di garantire tanto la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici quanto una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento dei mezzi di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per tali ricorsi non possano più essere rimesse in discussione [...]”.

³⁷⁹ Cfr. O. PALLOTTA, *Public e private antitrust enforcement alla luce della direttiva 2014/104/UE: l'equilibrio alterato*, *supra*, p. 635-636.

esclusivamente al fine di giungere ad una decisione sul risarcimento del danno e non per rimettere in discussione la decisione dell'autorità di concorrenza o quella del giudice del ricorso. Pertanto, nell'ambito di un'azione *follow-on*, il giudice nazionale dovrebbe potersi rivolgere ai giudici di Lussemburgo soltanto qualora reputi necessaria la loro decisione per la valutazione di aspetti strettamente legati al risarcimento del danno, ad esempio, al fine di verificare la sussistenza del nesso causale tra violazione così come accertata dalla ANC o dal giudice del ricorso ed il danno subito dalla vittima.

5. *Ulteriori riflessioni.*

Nei paragrafi che precedono sono state analizzate tutte le criticità delle singole disposizioni dell'articolo 9 della Direttiva 104 ma, nel compiere adesso una valutazione generale dell'efficacia e dell'effettività del sistema creato dal legislatore europeo, a parere di chi scrive, emergono ulteriori dubbi basati su valutazioni probabilistiche ma verosimili.

Innanzitutto, l'articolo 9 della Direttiva Danni, con la sua formulazione, non sembra poter risolvere il problema del *forum shopping*, una delle principali preoccupazioni del legislatore europeo che si intendeva superare mediante la Direttiva. Infatti, la persona che ha subito un danno preferirà probabilmente proporre un'azione per il risarcimento dei danni dinanzi al giudice dello stesso Stato membro dell'ANC o del giudice del ricorso che ha accertato la violazione delle norme sulla concorrenza, poiché quel giudice sarà vincolato da tale decisione e l'esito dell'azione sarà abbastanza certo (l'esistenza del

danno sarà sicuramente riconosciuta mentre l'ammontare del danno sarà valutato dal giudice nel giudizio *follow-on*, potendo comunque risultare anche nullo).

D'altro canto, sembra altamente improbabile che il ricorrente decida di proporre un'azione per il risarcimento dei danni in uno Stato membro diverso da quello dell'ANC o del giudice del ricorso che ha adottato la decisione, in quanto il giudice nel giudizio *follow-on*, non essendo vincolato da tali decisioni, potrà riesaminare le stesse e potrà, se del caso, giungere a conclusioni opposte (*id est* l'insussistenza della violazione).

Inoltre, è evidente che se il giudice chiamato ad esprimersi sul risarcimento del danno non appartiene allo stesso Stato membro in cui l'ANC ha accertato la violazione, tale giudice non è il “*best placed*”, ossia non è il giudice più adatto a riesaminare la decisione e a riesaminare se effettivamente si è verificata una violazione perché si ritroverebbe a dover affrontare una serie di difficoltà di ordine pratico: ad esempio, dovrebbe assumere le prove in un altro Paese, probabilmente in una lingua diversa dalla lingua del procedimento³⁸⁰.

Gli svantaggi del regime delineato dalla Direttiva 104 sono vari e tra questi sicuramente vi è la possibile lesione del principio della certezza del diritto, in quanto gli stessi fatti possono essere contestati non solo dinanzi all'autorità nazionale garante della concorrenza

³⁸⁰ Cfr. Commission staff working paper, Chapter 4, B, 2, 146, *supra*: “In all Member States, the findings of the NCA are open to substantive and procedural scrutiny by review courts. It is these courts which are *best placed* to ensure the legal and factual accuracy of NCA decisions. Once this appeal process has been exhausted, there is no justification why the same issues should be litigated again”. Per questo motivo la Commissione ritiene che: “A rule endowing NCA decisions with legally binding effects for civil courts in antitrust damages proceedings would not [...] unduly interfere with the principles of an independent judiciary and separation of powers, which are part of Member States’ constitutional orders”.

(seguendo una procedura specifica di cui all'articolo 11 del regolamento n. 1/2003 che garantisce la cooperazione con la Commissione europea, dinanzi a funzionari specializzati dell'autorità), ma anche dinanzi al giudice amministrativo in prima istanza, quindi dinanzi al giudice amministrativo in seconda istanza e di nuovo dinanzi al giudice civile chiamato ad esprimersi sul risarcimento del danno, con la conseguenza che la decisione antitrust sembra non diventare mai definitiva.

6. Il recepimento dell'articolo 9 della Direttiva Danni in Italia.

Le criticità appena esposte si riflettono nella formulazione dell'articolo 7 del d.lgs. n. 3/2017, il quale può dirsi parzialmente fedele al testo della disposizione europea.

In base all'articolo 7, comma 1 del d.lgs. in commento, che recepisce l'articolo 9, paragrafo 1 della Direttiva Danni, ai fini dell'azione per il risarcimento del danno, si ritiene definitivamente accertata nei confronti dell'autore la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante nazionale non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato. Tale presunzione, però, riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno³⁸¹ che restano di esclusiva

³⁸¹ Si noti che sull'esistenza del danno, l'art. 14 del decreto prevede una seconda presunzione, questa volta di carattere *iuris tantum*, applicabile ai casi di cartello. Infatti, tale norma dispone che l'esistenza del danno cagionato da una violazione del diritto alla

competenza del giudice civile, in modo tale da non comprimere eccessivamente i principi del processo³⁸². Inoltre, è evidente che l'effetto vincolante è riservato soltanto alle decisioni che accertano una violazione e nessuna efficacia preclusiva potrà, quindi, essere riconosciuta ad una decisione di archiviazione o ad una decisione con la quale si esclude l'esistenza della violazione³⁸³.

L'articolo 7, comma 1, dunque, introduce una novità importante nell'ordinamento giuridico italiano in quanto, anteriormente al d.lgs. n. 3/2017, le Sezioni Unite avevano riconosciuto al provvedimento sanzionatorio dell'Autorità soltanto il valore di *prova privilegiata* che operava come presunzione semplice, suscettibile di prova contraria da parte del convenuto attraverso qualsiasi mezzo di prova ammesso dall'ordinamento³⁸⁴. Attualmente,

concorrenza consistente in un cartello si presume, salva prova contraria dell'autore della violazione. Ne discende che le azioni per il risarcimento nei casi di cartello, successive ad un accertamento dell'autorità pubblica (c.d. azioni di *follow on*), risultano particolarmente facilitate. Posto che il nesso di causalità è dimostrabile con la prova dell'acquisto presso le imprese parti del cartello, l'unico elemento che va accertato è il *quantum* del danno, visto che sia l'illecito sia danno sono oggetto di presunzione di legge. Sul punto, cfr. V. DE CAROLIS, *Il Decreto legislativo n. 3/2017 (attuativo della Direttiva) sul c.d. private antitrust enforcement, tra tecniche di ripartizione dell'onere della prova e (potenziali) ricadute sull'onere di allegazione*, in B. SASSANI (a cura di), *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017*, n. 3, Pacini Giuridica, 2017, p. 154-156.

³⁸² Cfr. M. SIRAGUSA, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, p. 313-314; G. MUSCOLO, *La quantificazione del danno nel processo antitrust*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, Jovene, 2013, p. 343.

³⁸³ F. VALERINI, *Gli effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato sul processo civile*, *supra*, p. 142.

³⁸⁴ Cass., Sez. Un., 13 febbraio 2009, n. 3640; Cass., 5 ottobre 2010, n. 20665; Cass., 10 maggio 2011, n. 10211; Cass., 10 maggio 2011, n. 10212; Cass., 3 aprile 2013, n. 8091; Cass., 22 maggio 2013, n. 12551; Cass., 23 aprile 2014, n. 9116. In particolare Cass., 20 giugno 2011, n. 13486 e Cass., 9 maggio 2012, n. 7039 secondo cui: "il valore di prova privilegiata, pur non precludendo la facoltà per il convenuto di fornire la prova contraria [...] impedisce che possano rimettersi in discussione proprio i fatti costitutivi

invece, il provvedimento definitivo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) che constati una violazione del diritto della concorrenza ha un valore probatorio maggiore, tanto che parte della dottrina ha parlato di "efficacia di giudicato"³⁸⁵.

Tale regola mira a realizzare – conformemente allo scopo della Direttiva Danni –, nell'ambito dei procedimenti risarcitori, la non duplicazione dell'attività istruttoria e della valutazione giuridica già condotta dall'autorità pubblica specializzata, l'alleggerimento dell'onere probatorio posto in capo alla vittima dell'illecito antitrust, la riduzione dei costi e dei tempi delle azioni *follow-on*, l'applicazione più omogenea degli articoli 101 e 102 TFUE e degli articoli 2 e 3 della L. Antitrust³⁸⁶ ed, infine, tende ad eliminare il rischio di accertamenti contrastanti.

Per quanto concerne l'efficacia soggettiva che il legislatore italiano ha voluto attribuire alle decisioni dell'AGCM, si osservi che la disposizione in parola è caratterizzata da una particolare formulazione, di non facile interpretazione. Infatti, prevedendo che "[a]i fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, *nei confronti dell'autore*, la violazione del

dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza, se non altro in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede".

³⁸⁵ In dottrina vi è chi ha parlato di "efficacia di giudicato" ricollegata ad un provvedimento amministrativo ovvero alla sentenza del giudice amministrativo che abbia deciso dell'impugnazione di quel provvedimento. Si veda, in tal senso, F. VALERINI, *Gli effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato sul processo civile*, *supra*, p. 141. Al contrario, M. TODINO, *Il danno risarcibile*, in *AIDA*, vol. XXIV, Milano, 2015, p. 15 e ss. Preferisce rimanere sul terreno propriamente probatorio, parlando di "piena prova".

³⁸⁶ Legge 10 ottobre 1990, n. 287, Norme per la tutela della concorrenza e del mercato, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 13 ottobre 1990, n. 240.

diritto della concorrenza [...]” (corsivo aggiunto), il legislatore italiano sembra limitare l’applicazione dell’effetto vincolante delle decisioni dell’AGCM nei confronti della sola parte convenuta nell’azione *follow-on*, ed è questo un profilo di difformità rispetto alla disposizione europea che nulla dice in proposito. Tale interpretazione è confermata dalla formulazione del secondo comma dell’articolo 7 del d.lgs. riguardante l’efficacia probante di una decisione adottata da un’autorità di un altro Stato membro (“[...] costituisce prova, *nei confronti dell’autore*, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, valutabile insieme ad altre prove”, corsivo aggiunto). La solerzia del Governo italiano nel sottolineare che la vincolatività delle decisioni delle ANC incide soltanto sulla posizione dell’autore della violazione sembra potersi giustificare nella volontà di limitare quanto più possibile la compressione dell’attività del giudice e, dunque, di non ledere i principi costituzionali dell’indipendenza del giudice, della sua sottoposizione soltanto alla legge, del suo libero convincimento³⁸⁷ e dell’obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali.

Quanto al secondo capoverso dell’art. 7, comma 1 del decreto legislativo, invece, vi è da dire che esso è di notevole rilevanza, in quanto – a giudizio di chi scrive – ivi risiede la motivazione necessaria perché possa giustificarsi la vincolatività per i giudici civili delle decisioni definitive dell’AGCM: la norma, infatti, stabilisce che

³⁸⁷ In relazione al principio del libero convincimento del giudice nell’ordinamento italiano, v. C. SCHEPISI, G. MUSCOLO, *Private enforcement and collective redress in european competition law (Italy)*, in GY BÀNDY, P. DARÀK, P. LAÀNKOS, T. TOTH (a cura di), *Private enforcement and collective redress in european competition law*, Wolter Kluwer, 2016, domanda n. 14.

“il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima”. Soltanto una decisione dell’AGCM che sia passata al vaglio di un giudice amministrativo con tali poteri di analisi in fatto ed in diritto, infatti, può vincolare il giudice civile in sede di risarcimento del danno. Tuttavia, anche questa puntualizzazione è frutto dell’elaborazione del legislatore italiano in sede di recepimento, perché la Direttiva Danni, come visto, non chiarisce quali debbano essere le caratteristiche del sindacato del “giudice del ricorso”.

Con questa disposizione è stata superata l’idea della insindacabilità delle valutazioni tecniche compiute dall’Autorità garante e del controllo meramente estrinseco sulla legittimità del provvedimento, il quale ha ad oggetto soltanto l’incompetenza, la violazione di legge e l’eccesso di potere³⁸⁸. Al contrario, è stata affermata una cognizione piena e penetrante del giudice amministrativo³⁸⁹.

Questa scelta del legislatore italiano si pone nel solco della giurisprudenza della Corte di Cassazione³⁹⁰ e del Consiglio di Stato³⁹¹, la quale riconosce che il sindacato di legittimità del giudice

³⁸⁸ V. Cons. Stato, 14 marzo 2000, n. 1348, caso *Italcementi*; Cons. Stato, 23 aprile 2002, n. 2199, caso *Rc Auto*.

³⁸⁹ Cfr. A. STORTO, *Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell’AGCM dopo il decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3*, in B. SASSANI (a cura di), *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, Pacini Giuridica, 2017, p. 49-52.

³⁹⁰ Cass. Sez. Un., 17 marzo 2008, n. 7063; Cass. Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013.

³⁹¹ Cons. Stato, 15 maggio 2015, n. 2479; Cons. Stato, 30 giugno 2016, n. 2947; Cons. Stato 2 marzo 2004 n. 926; Cons. 10 febbraio 2008 n. 597.

amministrativo sui provvedimenti dell'AGCM comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, a meno che non siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità, nel qual caso, detto sindacato è limitato al controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato ed alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato da tali margini di opinabilità³⁹².

Infine, la disposizione dell'articolo 7, comma 1, secondo capoverso è anche coerente con i principi affermati dalla Corte europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU)³⁹³ e della Corte di giustizia dell'Unione europea³⁹⁴.

Lo stesso valore probatorio delle decisioni dell'AGCM, però, non è riconosciuto dall'art. 7 del decreto legislativo ai provvedimenti definitivi adottati da Autorità nazionali di concorrenza o dai giudici del ricorso di altri Stati membri. A questi ultimi, infatti, è riconosciuto

³⁹² Cass. Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013: “il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità – come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza – detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini”.

³⁹³ CEDU, *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italia*, 43509/08. Cfr. A. STORTO, *Il sindacato del giudice amministrativo*, *supra*, p. 52-56.

³⁹⁴ Causa C-501/06 P - *GlaxoSmithKline Services e a. contro Commissione e a.*, EU:C:2009:610, punti 130 e 138 in cui la Corte afferma che il Tribunale può esercitare il proprio controllo diretto ad accertare se la Commissione non sia incorsa in un manifesto errore di valutazione.

valore di prova *prima facie* dell'esistenza di una violazione antitrust, che potrà concorrere insieme ad altre prove fornite dalle parti, nella valutazione dei fatti di causa. Sul punto, però, va osservato che il decreto legislativo ha optato per una forma “debole” di attuazione della Direttiva 104. Quest'ultima infatti, all'art. 9, paragrafo 2, stabilisce che i provvedimenti definitivi dell'autorità degli altri Stati membri possano essere presentati di fronte ai giudici nazionali “almeno a titolo di prova *prima facie*” dell'avvenuta violazione mentre il d.lgs. prevede che “la decisione definitiva con cui una autorità nazionale garante della concorrenza o il giudice del ricorso di altro Stato membro accerta una violazione del diritto della concorrenza costituisce prova [...] valutabile insieme ad altre prove”. Dunque la Direttiva richiedeva, per tali provvedimenti, il riconoscimento di un valore di prova *iuris tantum* e non, di prova valutabile insieme ad altre prove, come nell'art. 7 del decreto legislativo. Inoltre, la Direttiva, con la parola “almeno”, lasciava persino aperta la possibilità di attribuire alla decisione dell'ANC di un altro Stato membro la medesima efficacia della decisione dell'AGCM ma il legislatore italiano ha scelto di non farlo.

Infine, il terzo comma dell'art. 7 riproduce letteralmente il terzo paragrafo dell'art. 9 della Direttiva 104.

7. Una soluzione alternativa.

Di fronte alle criticità delle disposizioni di cui all'articolo 9 della Direttiva Danni (che si ripercuotono negli atti di recepimento

degli Stati membri, come visto nel caso italiano) ed all'apparente inefficienza del sistema creato dalla stessa, sembra legittimo pensare ad un'alternativa che non presenti gli stessi problemi. Pertanto, questo paragrafo presenta una soluzione che cerca di conciliare la regola dell'effetto vincolante delle decisioni che accertano una violazione antitrust con i più diffusi principi costituzionali che si pongono alla base delle norme procedurali di vari Stati membri. Tale soluzione tenta anche di eliminare ingiustificati, diversi trattamenti di decisioni nazionali e straniere, al fine di evitare il contrasto con il principio del mutuo riconoscimento.

La premessa da cui dover partire è che la Direttiva – come visto nel primo capitolo – si pone un triplice obiettivo: da un lato, quello di ottimizzare l'interazione tra il *public* ed il *private enforcement* del diritto della concorrenza, preservando le prerogative spettanti alla Commissione europea ed alle autorità nazionali di concorrenza sul versante pubblicistico e assicurando che le vittime di condotte anticoncorrenziali possano ottenere il risarcimento del danno subito; dall'altro, quello di far uscire il *private antitrust enforcement* dallo stato di sottosviluppo in cui si trovava e, dunque, di facilitare le azioni per il risarcimento del danno, innanzitutto agevolando gli attori nella prova della sussistenza della violazione antitrust; infine, quello di garantire ai soggetti danneggiati che il ristoro ottenibile in via giudiziale possa essere pieno ed effettivo. In questo quadro, l'articolo 9 della Direttiva è stato pensato per rispondere alle prime due esigenze, ossia di assicurare coerenza tra *public* e *private enforcement* e di facilitare le azioni di risarcimento del danno, in particolare

agevolando il ricorrente nel provare la violazione del diritto della concorrenza.

E' chiaro che, al fine di raggiungere questi obiettivi, la regola che impone la vincolatività delle decisioni delle ANC e dei giudici del ricorso è indispensabile. Tuttavia, vi sono una serie di garanzie che dovrebbero essere rispettate in modo tale da non ledere i principi ed i diritti garantiti dagli ordinamenti nazionali e dell'Unione.

La prima tra queste garanzie potrebbe essere quella di prevedere il vaglio obbligatorio del giudice amministrativo: la decisione adottata dall'autorità garante della concorrenza nazionale, cioè, per poter esplicitare il proprio effetto vincolante nei confronti del giudice civile che deve esprimersi sul risarcimento del danno, dovrebbe essere necessariamente previamente analizzata in fatto ed in diritto dal giudice amministrativo in sede di impugnazione. In questo modo, sarebbe garantito il diritto di difesa ed il diritto ad un processo equo.

In effetti, la forte limitazione imposta ai giudici nazionali dall'articolo 9, paragrafo 1 – ossia l'impossibilità di decidere in merito alla sussistenza dell'infrazione e l'obbligo di doverla ritenere avvenuta – può ritenersi, a nostro parere, accettabile solo se la decisione dell'ANC che accerta tale infrazione venga previamente sottoposta ad un'analisi piena, in fatto ed in diritto, da parte di un giudice competente ad esaminarla e, se del caso, riformarla.

Il vaglio del giudice in sede di impugnazione della decisione è da sempre stato considerato dal legislatore europeo come una garanzia fondamentale, tanto è che nella proposta della Direttiva Danni si legge che: “[l]’effetto probatorio che si propone di conferire alle decisioni

definitive relative a un'infrazione adottate dalle autorità nazionali garanti della concorrenza non comporta una riduzione della tutela a livello giudiziario per le imprese interessate, in quanto le decisioni relative ad un'infrazione adottate dalle autorità nazionali garanti della concorrenza *restano soggette a controllo giurisdizionale*" (corsivo aggiunto)³⁹⁵.

Quello che, a parere di chi scrive, sembra opportuno fare, tuttavia, è rendere tale vaglio obbligatorio, in modo tale da non ritrovarsi nella situazione – sconosciuta alla maggior parte degli ordinamenti europei – in cui una decisione adottata da un'autorità amministrativa vincoli il giudice in sede civile, minando il diffuso principio dell'indipendenza dei giudici dagli altri poteri dello Stato.

Inoltre, nel momento in cui si accetta la vincolatività delle decisioni adottate dalle autorità di concorrenza nazionali, sarebbe opportuno non limitare tale regola alle sole decisioni nazionali per non ledere il principio del mutuo riconoscimento.

Di certo, un regime di questo tipo, profondamente radicato nel principio della fiducia reciproca e del mutuo riconoscimento, necessita di alcune solide garanzie.

A tal proposito, occorre innanzitutto fare una precisazione. Quando si pensa alle possibili garanzie di un sistema di tal fatta, immediatamente viene in mente il rinvio pregiudiziale alla Corte di

³⁹⁵ Proposta di Direttiva Del Parlamento Europeo E Del Consiglio relativa a determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi della legislazione nazionale a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, COM/2013/0404 final-2013/0185 (COD), punto 4.3, disponibile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52013PC0404&from=IT>.

giustizia di cui all'articolo 9, paragrafo 3 della Direttiva Danni, in quanto potrebbe essere garante della corretta interpretazione degli articoli 101 e 102 del TFUE. Tuttavia, questo strumento, in sede di risarcimento del danno, dovrebbe poter essere utilizzato soltanto nei limiti di cui si è detto nei paragrafi precedenti, ossia soltanto al fine di giungere ad una decisione sul risarcimento e non per rimettere in discussione la decisione dell'autorità di concorrenza o quella del giudice del ricorso. Nell'ambito di un'azione *follow-on*, infatti, il giudice nazionale dovrebbe potersi rivolgere alla Corte di giustizia soltanto qualora reputi necessaria la sua decisione per la valutazione di aspetti strettamente legati al risarcimento del danno, ad esempio, al fine di verificare la sussistenza del nesso causale tra violazione così come accertata dalla ANC o dal giudice del ricorso ed il danno subito dalla vittima³⁹⁶.

Un argine alla vincolatività delle sentenze dei giudici del ricorso pronunciatisi sulle decisioni delle ANC potrebbe essere fissato solo nel caso di sentenze straniere, al fine di preservare quantomeno l'identità degli Stati membri, in particolare per quanto riguarda le garanzie procedurali. A tal uopo, potrebbe essere introdotta l'eccezione dell'ordine pubblico. In particolare, al fine di garantire la tutela dei diritti della difesa, dovrebbe essere possibile subordinare l'effetto vincolante di una decisione di un giudice del ricorso di un altro Stato membro ad un'eccezione analoga a quella contenuta

³⁹⁶ Si ricordi ancora una volta che il rinvio pregiudiziale può (o, a seconda dei casi, deve) essere operato già dal giudice amministrativo nazionale.

nell'articolo 45 del regolamento n. 1215/2012³⁹⁷, per quanto riguarda l'equo processo³⁹⁸. Questo articolo consente ai giudici di uno Stato membro di rifiutare eccezionalmente il riconoscimento di una sentenza emessa da un giudice di un altro Stato membro per motivi di ordine pubblico, principalmente se il diritto ad un equo processo non è stato garantito durante la fase che ha portato alla sentenza³⁹⁹. In realtà, come visto nel paragrafo 3 del presente capitolo, già la Commissione, nel suo documento di lavoro di accompagnamento al Libro bianco del 2008, aveva previsto che gli Stati membri potessero invocare la clausola dell'ordine pubblico per questi motivi ma tale previsione non è poi confluita nel testo definitivo della Direttiva.

I vantaggi di un sistema di tal fatta sarebbero diversi: si contribuirebbe alla coerente applicazione delle norme antitrust, le azioni di risarcimento del danno sarebbero facilitate e semplificate ed, infine, si ridurrebbero i costi e si abbrevierebbero significativamente i tempi. I giudici chiamati a pronunciarsi sul risarcimento dei danni, infatti, non sarebbero tenuti a riesaminare i fatti già adeguatamente indagati e valutati da un'autorità pubblica specializzata e da un giudice del ricorso competente a valutare la decisione dell'ANC in

³⁹⁷ Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale GU L 351 del 20.12.2012, p. 1–32 (che abroga il Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000).

³⁹⁸ V. Commission staff working paper accompanying the White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, Chapter 4, B, 2, 162, secondo il quale dovrebbe essere possibile “to make the binding effect of an NCA decision from another Member State subject to an exception analogous to that contained in Article 34(1) of Regulation 44/2001 as regards fair legal process”.

³⁹⁹ Si ricordi che il diritto di difesa ed il diritto ad un processo equo sono garantiti dalla CEDU all'articolo 6 e dalla Carta europea dei diritti fondamentali agli articoli 47, paragrafo 2 e 48.

fatto ed in diritto, a prescindere dalla nazionalità di questi ultimi. In effetti, una duplicazione (anzi, una triplicazione o quadruplicazione a seconda che la decisione sia stata impugnata o meno) dell'analisi fattuale e di diritto produrrebbe soltanto notevoli costi aggiuntivi ed una maggiore durata del procedimento.

Inoltre, il sistema suggerito contribuirebbe a raggiungere l'obiettivo del legislatore europeo di superare l'incertezza giuridica (in particolare l'incertezza dell'esito di una azione di risarcimento dei danni antitrust) e, più in generale, di trasformare l'esercizio del diritto al risarcimento in una possibilità concreta e di contrastare l'inefficacia del *private enforcement*.

Per quanto riguarda la possibilità di riconoscere l'effetto vincolante anche alle sentenze straniere dei giudici del ricorso, la Commissione nel suo *Staff Working Paper* (riferendosi, in realtà, anche direttamente alle decisioni adottate dalle ANC) sottolinea un aspetto molto importante: “[i]n all Member States, the findings of the NCA are open to substantive and procedural scrutiny by review courts. It is these courts *which are best placed* to ensure the legal and factual accuracy of NCA decisions. Once this appeal process has been exhausted, there is no justification why the same issues should be litigated again” (corsivo aggiunto)⁴⁰⁰. Inoltre, nello stesso documento, la Commissione, a sostegno della vincolatività delle decisioni delle ANC, evidenzia che la maggior parte delle volte il giudice del giudizio *follow-on* si ritrova ad esser vincolato da una sentenza che

⁴⁰⁰ Commission staff working paper, Chapter 4, B, 2, 146, *supra*. Per questo motive la Commissione ritiene che: “A rule endowing NCA decisions with legally binding effects for civil courts in antitrust damages proceedings would not [...] unduly interfere with the principles of an independent judiciary and separation of powers, which are part of Member States’ constitutional orders”.

conferma la decisione dell'ANC piuttosto che dalla decisione dell'ANC stessa e sottolinea che questo meccanismo non è del tutto nuovo per gli Stati membri dell'UE. In effetti, prosegue la Commissione, il concetto secondo cui le sentenze definitive possono vincolare altri giudici nel caso in cui i soggetti e la materia del contendere siano gli stessi è familiare agli Stati membri, ad esempio nel contesto (leggermente diverso) del principio della *res iudicata* o del c.d. “*estoppel*”⁴⁰¹.

Infine, si deve tenere conto del fatto che le decisioni in parola sono adottate dalle autorità nazionali garanti della concorrenza nel quadro dell'*European Competition Network* (ECN), che è stato creato per garantire un'applicazione efficace e coerente delle regole di concorrenza e per consentire alle ANC di operare insieme. Pertanto, sembra ancora più accettabile la possibilità di assumere come prova vincolante in ogni Stato membro una decisione adottata da un'autorità nazionale garante della concorrenza ulteriormente vagliata dal giudice del ricorso, il quale confermi la decisione dell'ANC.

⁴⁰¹ Commission staff working paper, Chapter 4, B, 2, 149, *supra*: “The concept that ultimate review court judgments can bind other courts in cases where the same matter is at stake and the same persons are concerned is a familiar notion in Member States, for instance in the (slightly different) context of the *res iudicata* principle or the issue estoppel rule. The Commission notes that the burden of proof in administrative proceedings for breach of the competition rules is likely not to be lower than the burden of proof in civil actions for damages for the same infringement. Therefore, the standards of proof that the civil courts must uphold with regard to the juridical fact of infringement are not in any way undermined by the binding effect of NCA decisions”.

8. Conclusione.

La Direttiva Danni contiene alcune disposizioni molto innovative rispetto al sistema esistente precedentemente alla sua entrata in vigore. Infatti, essa ha attribuito effetto vincolante alle decisioni definitive assunte dalle ANC e dai giudici del ricorso di tutti gli Stati membri e, dunque, i giudici civili chiamati ad esprimersi sul risarcimento del danno nelle azioni *follow-on* devono oggi necessariamente ritenere definitivamente accertata la violazione antitrust così come constatata in tali decisioni. Tuttavia, il legislatore europeo ha operato una rilevante distinzione tra le decisioni adottate dall'ANC dello stesso Stato in cui è proposta l'azione di risarcimento del danno e le decisioni provenienti da un'ANC di uno Stato membro diverso da quello in cui è proposta l'azione: soltanto le prime sono vincolanti mentre le seconde possono essere presentate dinanzi ai giudici nazionali, conformemente al rispettivo diritto nazionale, almeno a titolo di prova *prima facie* del fatto che è avvenuta una violazione del diritto della concorrenza e possono, se del caso, essere valutate insieme ad altre prove addotte dalle parti.

La portata innovativa dell'articolo 9 della Direttiva 104 è tale da suscitare numerose riflessioni.

Come si è visto, sorgono innanzitutto dei dubbi circa la compatibilità del nuovo regime con i più diffusi principi costituzionali riguardanti l'indipendenza dei giudici, la loro sottoposizione unicamente alla legge, il loro libero convincimento, il loro obbligo di motivare i provvedimenti giurisdizionali, il diritto di difesa del convenuto di fornire la prova contraria ed il diritto dell'attore di

fornire la prova circa l'eventuale maggiore portata e/o durata dell'illecito antitrust rispetto a quanto accertato dall'ANC. Inoltre, al fine di verificare la possibilità che la decisione di una ANC o di un giudice del ricorso vincoli il giudice civile, è lecito interrogarsi sulla legittimità del procedimento amministrativo che porta all'adozione della decisione antitrust, sulla natura della decisione adottata da una ANC e sul tipo di sindacato (forte o debole) che il giudice amministrativo può esercitare in sede di impugnazione della decisione. Ancora, ci si chiede se il secondo paragrafo dell'articolo 9 della Direttiva sia compatibile con il principio del mutuo riconoscimento. In più, a seguito di una valutazione generale del regime delineato dalla Direttiva 104, sorgono perplessità circa la capacità dell'articolo 9 di riuscire a risolvere il problema del *forum shopping*, in quanto i ricorrenti verosimilmente continueranno a scegliere di proporre le azioni per il risarcimento nello Stato membro in cui l'ANC ha adottato la decisione (vincolante solo per i giudici di quello Stato). Per giunta, è stato rilevato che se il giudice chiamato ad esprimersi sul risarcimento del danno non appartiene allo stesso Stato membro in cui l'ANC ha accertato la violazione, tale giudice non è il "*best placed*" per la valutazione della sussistenza della violazione, in quanto potrebbe incorrere in alcune difficoltà di carattere pratico (ad esempio, l'assunzione di prove in un'altra lingua). Infine, la nuova norma potrebbe ledere il principio della certezza del diritto, in quanto permette che gli stessi fatti posti a fondamento della violazione possano essere contestati varie volte, non solo dinanzi alle ANC ma anche dinanzi a vari giudici, e la loro constatazione sembra non divenire mai definitiva.

Tutto quanto appena detto ha portato la dottrina a raggiungere conclusioni opposte, in quanto una parte degli autori ha rilevato l'incompatibilità del sistema delineato dalla Direttiva 104 con i sistemi nazionali, mentre un'altra parte ha rinvenuto la possibilità di integrarli armonicamente.

Il legislatore italiano, dal canto suo, in sede di recepimento della Direttiva Danni, ha tentato di ovviare ai sopracitati possibili contrasti con i principi costituzionali attraverso una peculiare formulazione dell'articolo 7 del d.lgs. n. 3/2017 che non è risultata essere del tutto cristallina. Questo articolo, infatti, prevede che la violazione del diritto della concorrenza si ritiene definitivamente accertata “nei confronti dell'autore”, il che fa presupporre che il legislatore italiano abbia voluto limitare l'applicazione dell'effetto vincolante delle decisioni dell'AGCM nei confronti della sola parte convenuta nell'azione *follow-on*, ed è questo un profilo di difformità rispetto alla disposizione europea che nulla dice in proposito. Evidentemente si è voluto così limitare quanto più possibile la compressione dell'attività del giudice in modo tale da non ledere i principi costituzionali di cui si è detto.

Di notevole rilevanza è anche il secondo capoverso dell'art. 7, comma 1 del decreto. Questa disposizione, infatti, diversamente dalla Direttiva che non chiarisce quali debbano essere le caratteristiche del sindacato del “giudice del ricorso”, precisa che i giudici civili sono vincolati dalle decisioni definitive dell'AGCM soltanto ad una condizione: che la decisione dell'AGCM sia passata al vaglio di un giudice amministrativo con poteri di analisi in fatto ed in diritto.

Un'ulteriore difformità rispetto al testo della Direttiva risiede nel secondo comma dell'articolo 7 del d.lgs., in quanto la Direttiva richiede, per le decisioni antitrust provenienti da altri Stati membri, il riconoscimento del valore di prova *iuris tantum* e non di prova valutabile insieme ad altre prove, come, invece, fa il decreto di attuazione.

Alla luce di tutte le criticità legate alle disposizioni della Direttiva ed al testo del decreto italiano di recepimento, a parere di chi scrive, si rendono necessarie alcune modifiche.

Occorre innanzitutto premettere che la disposizione di cui all'articolo 9 della Direttiva – sebbene necessiti di qualche modifica – è necessaria per raggiungere i vari obiettivi che il legislatore europeo si era preposto con l'adozione dell'atto legislativo in parola (di cui si è detto nel primo capitolo): da un alto, quello di ottimizzare l'interazione tra il *public* ed il *private enforcement* del diritto della concorrenza, assicurando, allo stesso tempo, la coerenza tra i due strumenti; dall'altro, quello di far uscire il *private antitrust enforcement* dallo stato di sottosviluppo in cui si trovava e, dunque, di facilitare le azioni per il risarcimento del danno, innanzitutto agevolando gli attori nella prova della sussistenza della violazione.

Tanto premesso, sembra che la Direttiva difetti di una serie di garanzie che dovrebbero essere rispettate in modo tale da non ledere i principi ed i diritti garantiti dagli ordinamenti nazionali e dell'Unione.

Pertanto, in vista del riesame della Direttiva che la Commissione è tenuta ad operare entro il 27 dicembre 2020 per la presentazione al Parlamento europeo e al Consiglio della propria

relazione – in ossequio all’articolo 20 della Direttiva stessa –, è legittimo pensare ad alcune modifiche che potrebbero essere apportate all’articolo 9.

In effetti, sembrerebbe più opportuno che la Direttiva Danni prevedesse la vincolatività delle decisioni delle ANC soltanto se impugnate dinanzi ad un giudice amministrativo competente a valutarle in fatto ed in diritto, in modo tale da rispettare maggiormente i principi costituzionali sopraelencati. Inoltre, dovrebbe essere rispettato il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni straniere e, dunque, dovrebbe essere prevista anche la loro vincolatività con la sola eccezione della clausola dell’ordine pubblico, la quale si imporrebbe come garanzia di un sistema di *private antitrust enforcement* di tal fatta. In definitiva, qualsiasi riapertura delle stesse questioni che siano già state oggetto di una decisione definitiva da parte di un’ANC, confermata in sede di impugnazione dinanzi al giudice amministrativo, dovrebbe essere evitata perché conferirebbe un’imponderabilità inutile ai procedimenti civili ed aumenterebbe il loro costo e la loro durata.

CONCLUSIONE

Il sistema di antitrust *enforcement* europeo è profondamente diverso da quello americano, da sempre considerato un modello di ispirazione e di confronto. Quest'ultimo, infatti, è caratterizzato dalla centralità del *private enforcement*, garante delle funzioni deterrente, punitiva e risarcitoria e forza propulsiva della tutela del diritto antitrust, mentre il *public enforcement* gioca un ruolo piuttosto residuale. Al contrario, il sistema europeo è caratterizzato dalla preponderanza del *public enforcement* e dalla funzione compensativa, prima che deterrente, del *private enforcement*.

Il differente approccio può essere probabilmente giustificato dal fatto che il diritto della concorrenza europeo è stato concepito facendo riferimento ai principi della dottrina ordoliberal, secondo la quale il libero mercato rappresenta un "ordine istituzionale" (non "naturale") e come tale deve essere definito da una cornice istituzionale. Dunque, il funzionamento dei mercati necessita di essere supervisionato e governato da una forte Autorità di diritto pubblico. Ciò ha portato ad un forte sviluppo del *public antitrust enforcement*, mentre il *private enforcement* è sempre rimasto sullo sfondo⁴⁰², con l'effetto di creare incertezza circa gli strumenti a disposizione dei privati per ottenere il risarcimento dei danni patiti in conseguenza di condotte anti-competitive delle imprese.

⁴⁰² In realtà, fin dalle sue origini, ossia dall'emanazione del Trattato CE nel 1957, l'antitrust europeo si è caratterizzato per l'assenza di un sistema rimediale di natura privatistica. Nel sopracitato Trattato, infatti, la preferenza per il *public enforcement* è evidente.

Il lento sviluppo del *private antitrust enforcement* in Europa è iniziato relativamente da poco ed è ancora in corso. Esso nasce dall'esigenza di privatizzare e decentralizzare il sistema di applicazione delle norme antitrust, diminuendo il carico di lavoro della Commissione europea e aumentando quello dei giudici nazionali. Inoltre, lo sviluppo del *private enforcement* risponde anche all'esigenza di accrescere la tutela dei consumatori, intesa sia come tutela dell'interesse individuale del consumatore sia come interesse generale alla concorrenzialità del mercato.

La politica di concorrenza europea ha di recente intrapreso un processo di modernizzazione, il quale ha tra i principali obiettivi quello di incoraggiare il *private enforcement* e renderlo il più possibile armonico con le iniziative già adottate sul versante pubblicistico.

Rilevanti in tal senso sono non solo gli atti adottati dal legislatore europeo, come il Regolamento n. 1/2003 e la Direttiva 2014/104/UE, ma anche la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Al termine del percorso giurisprudenziale e legislativo avente ad oggetto lo sviluppo del *private antitrust enforcement* vi è la Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

Questa Direttiva si pone un duplice obiettivo: da un lato, quello di ottimizzare l'interazione tra il *public* ed il *private enforcement* del diritto della concorrenza, preservando le prerogative spettanti alla

Commissione europea ed alle Autorità nazionali di concorrenza sul versante pubblicistico e assicurando che le vittime di condotte anticoncorrenziali possano ottenere il risarcimento del danno subito; dall'altro, quello di garantire ai soggetti danneggiati che il ristoro ottenibile in via giudiziale possa essere pieno ed effettivo.

Tale Direttiva, però, presenta alcuni profili critici che sembrano incidere negativamente sul generale sistema di *antitrust enforcement*. Nel presente lavoro ne sono stati analizzati tre: il primo riguarda la funzione del risarcimento del danno ed il divieto di risarcimenti punitivi nel *private antitrust enforcement*, il secondo, l'accesso alle prove nel procedimento relativo all'azione di risarcimento del danno antitrust, il terzo, l'effetto delle decisioni delle Autorità di concorrenza e dei giudici del ricorso nei confronti dei giudici civili nazionali. In vista del riesame che la Commissione è tenuta a fare – in ossequio all'articolo 20 della Direttiva stessa – per la presentazione della relazione al Parlamento europeo e al Consiglio entro il 27 dicembre 2020, per tutte e tre le sopracitate questioni, si è pensato ad alcune modifiche della Direttiva Danni che, se apportate, potrebbero, a nostro parere, migliorare il sistema di *antitrust enforcement*.

Per quanto concerne il primo profilo critico, a seguito di un'analisi sulla funzione attribuita al risarcimento del danno nei vari ordinamenti di *civil law* e di *common law*, è stato rilevato che oggi è riconosciuta, non solo oltreoceano ma anche negli Stati membri dell'Unione europea, la natura polifunzionale del risarcimento del danno.

Pertanto, si è detto che la scelta del legislatore europeo nella Direttiva 2014/104/UE di attribuire al rimedio del risarcimento del danno antitrust una funzione esclusivamente compensativa, operata sulla base della volontà di attenersi alle tradizioni giuridiche prevalenti negli Stati membri e, dunque, al principio della *restitutio in integrum*, dovrebbe essere rivista in quanto anacronistica. Infatti, vi è stata un'evoluzione che ha portato la dottrina e la giurisprudenza europee a non concentrarsi più esclusivamente sulla funzione compensativa del risarcimento del danno ma a considerare anche la rilevanza della funzione deterrente e sanzionatoria dello stesso.

Dunque, è stato affrontato il problema di come ottenere un effetto deterrente ottimale e, a tal proposito, si è visto che, sulla scia dell'esempio nord-americano, vari Stati membri hanno previsto nei propri ordinamenti i c.d. "danni punitivi".

Il legislatore europeo nella Direttiva Danni, al contrario, non si è prefissato l'obiettivo della deterrenza ma semplicemente quello di facilitare l'esercizio del diritto al risarcimento del danno antitrust e ha vietato, all'articolo 3, paragrafo 3 il riconoscimento di qualsiasi tipo di sovra-compensazione del danno subito, sia sotto forma di risarcimento punitivo che di risarcimento multiplo o di altra natura. Attualmente, dunque, l'effetto deterrente del *private enforcement*, a norma della Direttiva 104, deriva soltanto in via mediata da alcuni strumenti processuali, quali la presunzione che le violazioni consistenti in cartelli causino un danno, l'inversione dell'onere della prova, la possibilità riconosciuta espressamente all'autorità giudiziaria di stimare l'ammontare del danno, qualora sia impossibile o eccessivamente difficile quantificarlo con esattezza, nonché la

presunzione *iuris tantum* dell'avvenuto trasferimento del sovrapprezzo che si applica nel caso di acquirente indiretto. Questi ultimi servono innanzitutto a migliorare la giustizia retributiva e, pertanto, soltanto di riflesso, producono un effetto deterrente di scarsa rilevanza. Tali mezzi, infatti, servono più che altro a facilitare le vittime nell'ottenimento del risarcimento e, di conseguenza, a complicare la difesa degli *infringers*, per cui questi ultimi possono essere scoraggiati dall'intraprendere una condotta illecita sul mercato per paura di dover affrontare un *eventuale* gravoso giudizio civile.

Il sistema di *private antitrust enforcement*, invece, per essere realmente efficace sia nel senso della compensazione delle vittime che della deterrenza da comportamenti anti-competitivi, necessita di strumenti più incisivi che riescano a tutelare compiutamente i *market players* e a creare una deterrenza tale da distogliere le imprese dall'adottare comportamenti illeciti, eliminando tutti i profitti ottenuti. Così, vengono in rilievo i risarcimenti punitivi.

Tuttavia, con la Direttiva Danni si è realizzata un'inversione di tendenza nel riconoscimento dell'istituto dei risarcimenti punitivi in Europa. Come visto, infatti, l'iniziale atteggiamento di chiusura delle corti europee verso quest'istituto tipico dei Paesi di *common law* si era gradualmente convertito in accettazione, quanto meno nell'ambito del riconoscimento delle sentenze straniere. Ciò era avvenuto anche sulla scia delle pronunce della Corte di giustizia che aveva affermato che una forma particolare di risarcimento, qual è il risarcimento esemplare o punitivo, poteva essere riconosciuta nell'ambito di azioni fondate sulle regole comunitarie di concorrenza qualora potesse esserlo nell'ambito di azioni analoghe fondate sul diritto interno. Con la

Direttiva Danni, invece, il legislatore europeo ha invertito la rotta, escludendo qualsiasi forma di sovra-compensazione nell'ambito del *private antitrust enforcement*.

Questa scelta, è stata ritenuta, in questa sede, non condivisibile per una pluralità di motivi: innanzitutto, perché appare distonica rispetto alla precedente giurisprudenza della Corte di giustizia; poi, perché il *private antitrust enforcement* dovrebbe espletare anche una funzione deterrente, assicurando un risarcimento del danno effettivo e tale da far venir meno i profitti realizzati dagli autori dell'infrazione, in modo tale da disincentivare comportamenti illeciti sul mercato; ancora, perché non incentiva le vittime a ricorrere in giudizio per far valere il proprio diritto, con la conseguenza che il *private enforcement* resta in uno stato di sottoutilizzazione e di sottosviluppo.

Pertanto, è stata ritenuta auspicabile una rivalutazione della norma contenuta nell'articolo 3, paragrafo 3 della Direttiva Danni.

In particolare, qualora non si voglia arrivare al punto di introdurre la possibilità per i giudici nazionali di liquidare danni a titolo punitivo, si potrebbe comunque lasciare ad essi un maggiore spazio di manovra nella quantificazione del danno, in modo tale da consentire al risarcimento di eliminare del tutto i profitti ottenuti dall'autore dell'illecito e di compensare interamente le vittime per i costi provocati dalla pratica anticoncorrenziale. In definitiva, sarebbe opportuno stemperare la rigidità della norma contenuta nell'articolo 3, paragrafo 3, lasciando che siano i giudici nazionali ad effettuare una valutazione caso per caso, preferibilmente sulla base dell'analisi economica del diritto. In questo modo, si eviterebbero i problemi di sovra-compensazione ingiustificata e di deterrenza eccessiva (c.d.

overdeterrence) che potrebbero presentarsi allorquando i giudici sono tenuti a riconoscere una somma fissa a titolo di risarcimento punitivo (come nel caso dei “*treble damages*”), in quanto questi ultimi avrebbero discrezionalità nel decidere la somma da liquidare alla luce del tipo di condotta illecita posta in essere e delle circostanze del caso di specie.

La discrezionalità del giudice e la valutazione caso per caso assicurerebbero anche il rispetto del principio del *ne bis in idem*, in quanto il giudice, nel caso in cui vi sia una precedente decisione dell'autorità pubblica di concorrenza contenente una sanzione per l'*infringer* tale da eliminare tutti i profitti dallo stesso conseguiti, non riscontrerebbe i presupposti per poter condannare il danneggiante anche al pagamento di una somma ulteriore rispetto a quella strettamente necessaria a compensare il danneggiato per il danno subito.

A queste condizioni, il risarcimento del danno costituirebbe uno strumento efficace per tutelare compiutamente le vittime e privare l'autore dell'illecito di tutti i profitti da esso conseguiti. Infine, il risarcimento potrebbe produrre un importante effetto deterrente, disincentivando la reiterazione di condotte incompatibili con le regole di concorrenza.

Quanto al secondo profilo critico preso in analisi nella presente tesi, è stato innanzitutto rilevato che, prima dell'entrata in vigore della Direttiva 104, i soggetti intenzionati a proporre efficacemente azioni di risarcimento del danno antitrust non godevano di un diritto di accesso generale e diffuso ai fascicoli della Commissione relativi ai

procedimenti in materia di concorrenza; in ragione di ciò, data l'importanza dell'elemento probatorio nell'ambito delle azioni risarcitorie, in passato sono state utilizzate diverse strategie per ottenere l'accesso al fascicolo della Commissione, ivi inclusi i documenti rientranti in un programma di clemenza.

Successivamente, è stata adottata la Direttiva Danni al fine, tra gli altri, di porre rimedio all'assenza di norme UE concernenti la divulgazione di documenti ai fini delle azioni per il risarcimento del danno antitrust. Tuttavia, nell'adottare questa disciplina, il legislatore europeo ha dovuto tenere presente la necessità di far interagire efficacemente il *public* e il *private enforcement*, dal momento che, in assenza delle dovute cautele, la divulgazione delle prove – in particolare la divulgazione delle prove relative ad un *leniency programme* o ad un *settlement* – potrebbe mettere a repentaglio l'intero sistema di *antitrust enforcement*.

Nell'analizzare la norma relativa al diritto di ottenere la divulgazione delle prove contenuta nella Direttiva Danni (considerando n. 15) e le disposizioni sulla divulgazione dei documenti contenuti nella *grey list* e nella *white list* (articolo 6, paragrafi 5 e 9), è stato, in questa sede, sostenuto che esse contribuiscono ad assicurare il giusto equilibrio tra il *private* ed il *public enforcement*, agevolando le vittime di violazioni antitrust nella proposizione di azioni di risarcimento del danno e adottando, allo stesso tempo, le dovute cautele al fine di non interferire con il *public enforcement*. Lo stesso non può essere affermato relativamente alle disposizioni sulla divulgazione dei documenti contenuti nella *black*

list, le quali, al contrario sembrano spostare tale equilibrio a favore dell'applicazione pubblica delle regole antitrust.

E' stato, dunque, notato che, in effetti, la divulgazione delle dichiarazioni relative ad un *leniency programme* e alle proposte di transazione è una questione molto complessa, tanto è che anche prima dell'entrata in vigore della Direttiva 104 la Corte di giustizia ha affrontato più volte questo argomento ed è sempre stata molto cauta, affermando che è necessario bilanciare, caso per caso, i rispettivi interessi a favore della divulgazione di tali documenti e quelli a favore della loro protezione. Anche quando, poi, la Corte di giustizia ha applicato la presunzione generale secondo cui la divulgazione di documenti inclusi in un fascicolo di un procedimento ai sensi dell'articolo 101 del TFUE pregiudica la tutela degli interessi commerciali e lo scopo delle indagini, la stessa ha comunque tenuto in considerazione gli interessi opposti, affermando che chiunque voglia ottenere il risarcimento del danno può fornire prova contraria a tale presunzione.

Oggi, a seguito dell'entrata in vigore della Direttiva Danni, esiste un parametro legislativo (l'articolo 6, paragrafo 6) che occorre prendere in considerazione al momento di una pronuncia sulla divulgazione delle dichiarazioni legate ad un programma di clemenza o sulle proposte di transazione. Tale disposizione è molto rigida in quanto prevede che i giudici nazionali non possono in alcun momento ordinare a una parte o a un terzo di divulgare prove rientranti in queste due categorie, per cui gli attori dell'azione risarcitoria non hanno alcuna possibilità di accedere ad una prova che potrebbe rivelarsi per loro decisiva. Di conseguenza, ci si aspetta un cambiamento della

giurisprudenza in materia, dal momento che è stata introdotta una regola che non lascia margini di interpretazione. Infatti, è chiaro che non è più possibile permettere ai giudici di bilanciare gli interessi in gioco con una valutazione caso per caso, né, tantomeno, lasciare la possibilità agli attori di fornire prova contraria alla presunzione generale prevista dai giudici di Lussemburgo. Tuttavia, finora, non vi è stata ancora occasione per i giudici di pronunciarsi sulla questione.

Il terzo capitolo si è, dunque, concluso considerando che, in effetti, è difficile immaginare una soluzione più equilibrata di quella adottata dalla Corte di giustizia, ossia quella di bilanciare gli interessi valutandoli caso per caso. Quest'ultima sembra essere l'unico metodo per non favorire il *public enforcement* rispetto al *private enforcement* o viceversa. Tuttavia, il legislatore europeo ha preferito salvaguardare incondizionatamente l'efficienza dei programmi di clemenza e delle transazioni a scapito delle parti che hanno subito un danno e che devono produrre prove sufficienti a fondare la propria richiesta di risarcimento, in un contesto in cui l'asimmetria informativa e la difficoltà dell'analisi fattuale ed economica sono evidenti. Pertanto, si è giunti a considerare che con questa particolare disposizione contenuta nell'articolo 6, paragrafo 6, il legislatore europeo non sembra essere riuscito nel suo intento di rendere più agevole per le vittime di violazioni antitrust la richiesta di risarcimento all'autore dell'infrazione, mancando, dunque, l'obiettivo centrale della Direttiva Danni. In effetti, non avendo la possibilità di avere accesso alle dichiarazioni relative al *leniency programme* o al *settlement*, soprattutto nelle azioni *stand-alone* ma anche nelle azioni *follow-on*, è molto difficile riuscire a dimostrare di aver subito un danno. In

conclusione, è stato affermato che tutte le disposizioni sulla divulgazione dei documenti contenute nella Direttiva 2014/104/UE contribuiscono complessivamente a compiere un grande passo in avanti nel settore *private enforcement*, ad eccezione della disposizione di cui all'articolo 6, paragrafo 6, che probabilmente avrebbe potuto essere meno rigida.

Tuttavia, sono state prese in considerazione due possibili obiezioni che potrebbero essere mosse a questa conclusione.

In primo luogo, potrebbe essere eccepito che una regola meno rigida – ad esempio quella del *case-by-case assessment* suggerita dalla Corte di giustizia – potrebbe scoraggiare le imprese cartelliste dal collaborare con le autorità antitrust: infatti, tali imprese sarebbero consapevoli che, anche se in linea di principio ciò che confessano non sarà divulgato, in un secondo momento i giudici nazionali potrebbero ordinare la divulgazione delle prove incluse nel programma di clemenza, considerando più appropriato proteggere gli interessi delle vittime della condotta anticoncorrenziale.

In effetti, è vero che l'impresa, partecipando ad un programma di clemenza, rischierebbe che le sue confessioni possano essere divulgate (con tutte le conseguenze del caso, come, ad esempio, l'influenza negativa sulla reputazione dell'impresa, la potenziale simultanea violazione di altre norme, la possibilità che siano esperite azioni di risarcimento del danno, ecc.), ma è anche vero che la stessa impresa, decidendo di collaborare con l'autorità, beneficerà di tutta una serie di vantaggi, quali l'immunità totale dalle ammende o la riduzione delle stesse, a seconda dei casi. Dunque, l'impresa dovrà

affrontare una valutazione del rischio e del beneficio conseguente all'adesione ad un programma di clemenza.

Una norma come quella contenuta nell'articolo 6, paragrafo 6, della Direttiva Danni tutela indirettamente imprese che hanno violato la legge e a cui viene anche offerta la possibilità di beneficiare di una riduzione delle ammende, in nome del corretto funzionamento del mercato. Ci si è chiesti, dunque, se non è il caso di attenuare tale protezione, così squilibrata e propendente nei confronti del *public enforcement* e di prendere maggiormente in considerazione gli interessi delle vittime di comportamenti illeciti. Se la norma contenuta nell'articolo 6, paragrafo 6 fosse meno rigida, la Commissione e le autorità nazionali garanti della concorrenza continuerebbero comunque a svolgere il loro ruolo di autorità preposte al rispetto delle regole di concorrenza, ma il loro lavoro potrebbe certamente diventare più difficile poiché il numero di domande di adesione a programmi di clemenza potrebbe effettivamente diminuire. Pertanto, ci si è chiesti quanto può essere sacrificata l'efficacia del *private enforcement* al fine di salvaguardare il *public enforcement*. La conclusione a cui si è giunti è che qualora si ritenga che il *private enforcement* sia soltanto uno strumento eventuale ed accessorio rispetto al *public enforcement* e che quest'ultimo sia il vero pilastro del generale sistema di applicazione delle regole di concorrenza, allora l'articolo 6, paragrafo 6 della Direttiva Danni potrebbe essere considerato funzionale rispetto al sistema, soprattutto perché la previsione di una norma chiara, ancorché rigida, è un valore in sé, poiché garantisce la certezza del diritto e la prevedibilità delle conseguenze derivanti dalla partecipazione ad un programma di clemenza. Se, al contrario, il

legislatore europeo vuole rendere il *private enforcement* un sistema davvero alternativo rispetto al *public enforcement* – come affermato, tra l’altro, nel considerando n. 5 della Direttiva 104 –, allora l’articolo 6, paragrafo 6 dovrebbe essere modificato e reso meno rigido, in modo tale che i giudici possano valutare se effettivamente l’accesso alle dichiarazioni legate ad un programma di clemenza o alle proposte di transazione possa essere utile per le vittime per fondare la loro domanda risarcitoria e per loro stessi al fine di pronunciarsi sull’ “*an et quantum debeatur*”.

La seconda obiezione che può essere mossa all’idea di seguire la giurisprudenza della Corte di giustizia che prevede il *case-by-case assessment* attiene al rischio di *forum shopping*, ossia della ricerca da parte degli attori di un organismo giudicante dall’approccio più favorevole alle istanze di *disclosure*.

Tuttavia, appare difficile poter prevedere quale possa essere l’approccio dei vari giudici nazionali al caso di specie e, ancor di più, sembra improbabile poter delineare un approccio generalmente adottato dagli stessi. Infatti, le variabili che i giudici sarebbero chiamati a tenere in conto nell’ambito del *case-by-case assessment* sono tali da non poter far presumere l’esistenza di un approccio generalizzato. La Commissione ha avuto occasione di affermare che il giudice nazionale dovrebbe effettuare un bilanciamento caso per caso tra i contrapposti interessi in gioco, evitando di ordinare la divulgazione laddove: a) i *leniency applicants* siano esposti a una maggiore responsabilità rispetto ai coautori del cartello che non abbiano prestato alcuna forma di cooperazione nell’ambito del procedimento amministrativo; e b) l’accesso risulti sproporzionato

allo scopo perseguito dal richiedente e, in particolare, non rappresenti l'unico modo per ottenere l'accesso ai documenti di cui sia stata richiesta la *disclosure*. E' chiaro che tali variabili non sono valutabili aprioristicamente.

In conclusione, è stato ritenuto auspicabile che il legislatore europeo rivaluti la norma contenuta nell'articolo 6, paragrafo 6 della Direttiva e rifletta sui benefici che potrebbero derivare al sistema di *antitrust enforcement* dal seguire la giurisprudenza della Corte di giustizia sul *case-by-case assessment*.

Per quanto concerne, infine, il terzo profilo critico di cui si è parlato nel presente lavoro, si è detto innanzitutto che la Direttiva Danni, attribuendo effetto vincolante alle decisioni definitive assunte dalle ANC e dai giudici del ricorso di tutti gli Stati membri e, dunque, vincolando i giudici civili chiamati ad esprimersi sul risarcimento del danno nelle azioni *follow-on* a ritenere definitivamente accertata la violazione antitrust così come constatata in tali decisioni, ha innovato fortemente il sistema esistente precedentemente alla sua entrata in vigore ed ha suscitato numerose riflessioni.

In primo luogo, sono sorti dubbi circa la compatibilità del nuovo regime con i più diffusi principi costituzionali riguardanti l'indipendenza dei giudici, la loro sottoposizione unicamente alla legge, il loro libero convincimento, il loro obbligo di motivare i provvedimenti giurisdizionali, il diritto di difesa del convenuto di fornire la prova contraria ed il diritto dell'attore di fornire la prova circa l'eventuale maggiore portata e/o durata dell'illecito antitrust rispetto a quanto accertato dall'ANC. Inoltre, al fine di verificare la

possibilità che la decisione di una ANC o di un giudice del ricorso vincoli il giudice civile, è lecito interrogarsi sulla legittimità del procedimento amministrativo che porta all'adozione della decisione antitrust, sulla natura della decisione adottata da una ANC e sul tipo di sindacato (forte o debole) che il giudice amministrativo può esercitare in sede di impugnazione della decisione. Ancora, ci si chiede se il secondo paragrafo dell'articolo 9 della Direttiva (che prevede che le decisioni provenienti da un'ANC di uno Stato membro diverso da quello in cui è proposta l'azione possono essere presentate dinanzi ai giudici nazionali almeno a titolo di prova *prima facie* del fatto che è avvenuta una violazione del diritto della concorrenza e possono, se del caso, essere valutate insieme ad altre prove addotte dalle parti) sia compatibile con il principio del mutuo riconoscimento. In più, a seguito di una valutazione generale del regime delineato dalla Direttiva 104, a nostro parere sorgono perplessità circa la capacità dell'articolo 9 di riuscire a risolvere il problema del *forum shopping*, in quanto i ricorrenti verosimilmente continueranno a scegliere di proporre le azioni per il risarcimento nello Stato membro in cui l'ANC ha adottato la decisione (vincolante solo per i giudici di quello Stato). Per giunta, è stato rilevato che se il giudice chiamato ad esprimersi sul risarcimento del danno non appartiene allo stesso Stato membro in cui l'ANC ha accertato la violazione, tale giudice non è il "*best placed*" per la valutazione della sussistenza della violazione, in quanto potrebbe incorrere in alcune difficoltà di carattere pratico (ad esempio, l'assunzione di prove in un'altra lingua). Infine, la nuova norma potrebbe ledere il principio della certezza del diritto, in quanto permette che gli stessi fatti posti a fondamento della violazione

possano essere contestati varie volte, non solo dinanzi alle ANC ma anche dinanzi a vari giudici, e la loro constatazione sembra non divenire mai definitiva.

Per tutti questi motivi, in dottrina si è giunti a conclusioni opposte, in quanto una parte degli autori ha rilevato l'incompatibilità del sistema delineato dalla Direttiva 104 con i sistemi nazionali, mentre un'altra parte ha rinvenuto la possibilità di integrarli armonicamente.

Anche nell'ultimo capitolo di questa tesi, come negli altri, è stata aperta una parentesi sul recepimento italiano della Direttiva. In particolare, è stato notato che il legislatore italiano ha tentato di ovviare ai sopracitati possibili contrasti con i principi costituzionali attraverso una peculiare formulazione dell'articolo 7 del d.lgs. n. 3/2017 che non è risultata essere del tutto cristallina. Questo articolo, infatti, prevede che la violazione del diritto della concorrenza si ritiene definitivamente accertata “nei confronti dell'autore”, il che fa presupporre che il legislatore italiano abbia voluto limitare l'applicazione dell'effetto vincolante delle decisioni dell'AGCM nei confronti della sola parte convenuta nell'azione *follow-on*, ed è questo un profilo di difformità rispetto alla disposizione europea che nulla dice in proposito. Evidentemente si è voluto così limitare quanto più possibile la compressione dell'attività del giudice in modo tale da non ledere i principi costituzionali di cui si è detto. Di notevole rilevanza è anche il secondo capoverso dell'art. 7, comma 1 del decreto. Questa disposizione, infatti, diversamente dalla Direttiva che non chiarisce quali debbano essere le caratteristiche del sindacato del “giudice del ricorso”, precisa che i giudici civili sono vincolati dalle decisioni

definitive dell'AGCM soltanto ad una condizione: che la decisione dell'AGCM sia passata al vaglio di un giudice amministrativo con poteri di analisi in fatto ed in diritto. Un'ulteriore difformità rispetto al testo della Direttiva risiede nel secondo comma dell'articolo 7 del d.lgs., in quanto la Direttiva richiede, per le decisioni antitrust provenienti da altri Stati membri, il riconoscimento del valore di prova *iuris tantum* e non di prova valutabile insieme ad altre prove, come, invece, fa il decreto di attuazione.

Alla luce di tutte le criticità legate alle disposizioni della Direttiva ed al testo del decreto italiano di recepimento, nel presente lavoro è stato valutato che sono necessarie alcune modifiche.

Prima di procedere all'esposizione di tali modifiche, però, è stato essenziale premettere innanzitutto che la disposizione di cui all'articolo 9 della Direttiva – sebbene necessiti di qualche modifica – è necessaria per raggiungere i vari obiettivi che il legislatore europeo si era preposto con l'adozione dell'atto legislativo in parola: da un alto, quello di ottimizzare l'interazione tra il *public* ed il *private enforcement* del diritto della concorrenza, assicurando, allo stesso tempo, la coerenza tra i due strumenti; dall'altro, quello di far uscire il *private antitrust enforcement* dallo stato di sottosviluppo in cui si trovava e, dunque, di facilitare le azioni per il risarcimento del danno, innanzitutto agevolando gli attori nella prova della sussistenza della violazione.

Successivamente, si è fatto presente che la Direttiva sembra essere priva di una serie di garanzie che dovrebbero essere rispettate in modo tale da non ledere i principi ed i diritti garantiti dagli ordinamenti nazionali e dell'Unione.

Pertanto, si è giunti alla considerazione che, in effetti, sembrerebbe più opportuno che la Direttiva Danni prevedesse la vincolatività delle decisioni delle ANC soltanto se impugnate dinanzi ad un giudice amministrativo competente a valutarle in fatto ed in diritto, in modo tale da rispettare maggiormente i principi costituzionali sopraelencati. Inoltre, dovrebbe essere rispettato il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni straniere e, dunque, dovrebbe essere prevista anche la loro vincolatività con la sola eccezione della clausola dell'ordine pubblico, la quale si imporrebbe come garanzia di un sistema di *private antitrust enforcement* di tal fatta. In definitiva, qualsiasi riapertura delle stesse questioni che siano già state oggetto di una decisione definitiva da parte di un'ANC, confermata in sede di impugnazione dinanzi al giudice amministrativo, dovrebbe essere evitata perché conferirebbe un'imponderabilità inutile ai procedimenti civili ed aumenterebbe il loro costo e la loro durata.

In conclusione, è possibile affermare che la Direttiva 2014/104/UE ha contribuito a compiere un grande passo in avanti nell'evoluzione del *private antitrust enforcement* europeo, cercando di ottimizzare l'interazione di quest'ultimo con il *public enforcement*, di facilitare le vittime di condotte anticoncorrenziali nel conseguimento del risarcimento del danno subito e di garantire che il ristoro ottenibile in via giudiziale sia pieno ed effettivo. Tuttavia, il sistema delineato dalla Direttiva non è privo di imperfezioni e, dunque, a nostro parere, sarebbe opportuno modificare alcune disposizioni al fine di ottenere

un miglioramento non solo del *private antitrust enforcement* ma anche del complessivo sistema di applicazione del diritto della concorrenza.

BIBLIOGRAFIA

AL MUREDEN E., DE PAMPHILIS M., *Valutazione dei danni*, in MANZINI P. (a cura di), *Il risarcimento del danno per violazioni del diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, 2017.

ALPA G., *Diritto della responsabilità civile*, Roma-Bari, 2003.

ALPA G., BESSONE M., *I fatti illeciti*, in RESCIGNO P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, XIV, Torino, 1999.

ALPA G., *La responsabilità civile. Parte generale*, 2010.

AMBROSOLI M., *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, Milano, 2012.

AMERICAN BAR ASSOCIATION, Antitrust Section, *Punitive Damages and Business Torts*, 1998.

AMERICAN BAR ASSOCIATION, Antitrust Section, *Treble-Damages Remedy*, monograph n. 13, 1986.

ARENA A., *Game theory as a yardstick for antitrust leniency policy: The US, EU, and Italian experiences in a comparative perspective*, in *Global Jurist* 11, n.1, 2011, p. 1935-1936.

AA. VV., *The Antitrust Treble Damages Remedy*, in *William Mitchell Law Review*, vol. 9, n. 2, 1983, Articolo 9.

BAER B., *Public and Private Antitrust Enforcement in the United States*, febbraio 2014, disponibile al seguente link: <https://www.justice.gov/atr/file/517756/download>.

BARBIERATO D., *Risarcimento del danno e crisi della funzione deterrente?*, in BARBIERATO D. (a cura di), *Il risarcimento del danno e le sue "funzioni"*, Napoli, 2012.

BARCELLONA M., *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust*, in *Contratto e impresa*, 2008, n. 1, CEDAM.

BARIATTI S., PERFETTI L., *Prime osservazioni sulle previsioni del "Libro bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust" della Commissione e del Codice del Consumo*, in ROSSI DAL POZZO F., NASCIMBENE B. (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, 2009.

BASTIANON S., *I costi delle azioni risarcitorie antitrust*, in *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009.

BASTIANON S., *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul Libro verde della Commissione*, in *Mercato Concorrenza Regole*, Rivista quadrimestrale, n. 2, 2006.

BASTIANON S., *La tutela dei privati e l'accesso alle informazioni riservate: recenti sviluppi*, in TESAURO G., *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.

BAU L., *The History and Treatment of Damages in Canada*, Lindsay LLP, disponibile al seguente link: <https://www.lindsayllp.ca/the-history-and-treatment-of-damages-in-canada/>.

BENACCHIO G. A., *Il private enforcement del diritto europeo antitrust: Evoluzione e risultati*, in PACE L. F. (a cura di), *Dizionario Sistematico del Diritto della Concorrenza*, Napoli, Jovene Editore, 2013.

BENATTI F., *Benvenuti danni punitivi... o forse no!*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc.5, 2017.

BENATTI F., *Correggere e punire: dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008.

BERNES A., *La prova del danno e del nesso di causalità nell'azione risarcitoria derivante da 'cartello' in seguito al recepimento della direttiva 2014/104/UE*, in *Responsabilità Civile e Previdenza* 82, no. 3, 2017.

BIANCHI R., *Tutela aquiliana antitrust: verso un nuovo sottosistema della responsabilità civile?*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2007, p. 1616.

BÖGE U., *Leniency Programs and the Private Enforcement of European Competition Law*, in BASEDOW J., *Private Antitrust Enforcement*, Kluwer Law International, 2007.

BORGIA F., *Sentenza straniera di condanna a danni punitivi e ordine pubblico*, in *Studi in onore di Umberto Leanza*, Napoli, 2008.

BOTTEMAN Y., *Access to DG Competition's files through the Transparency Regulation: An uphill battle for cartel damage claimants*, 2014, 2, <http://www.steptoelaw.com/resources-detail-9463.html>.

BROGGINI G., *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di "punitive damages" con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Eur. dir. priv.*, 1999.

BRUZZONE G., SAIJA A., *Verso il recepimento della Direttiva sul private enforcement del diritto antitrust*, in *Concorrenza e mercato*, 2014.

BUCCIROSSI P., CIARI L., DUSO T., SPAGNOLO G., VITALE C., *Deterrence in competition law, Governance and the efficiency of economic system*, Working Paper n. 285, ottobre 2009, disponibile al seguente link: <https://pdfs.semanticscholar.org/b7bd/197aeb3863247b307aba98225d60a0c5e312.pdf>.

BUQUICCHIO M., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle azioni antitrust: brevi note a margine della sentenza Menarini*, in TESAURO G. (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013.

BUSNELLI F. D., *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e diritto privato*, fasc. 4, 2009, p. 920.

CAIANIELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003.

CAIAZZO R., *L'azione risarcitoria, l'onere della prova e gli strumenti processuali ai sensi del diritto italiano*, in PACE L. F., *Dizionario sistematico della concorrenza*, Napoli, Jovene, 2013.

CALISTI D., *Accesso alle prove nel processo civile tra private enforcement e tutela dei programmi di clemenza dopo il caso Pfleiderer*, in TESAURO G. (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013.

CAMILLERI E., *Il trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale nella Direttiva 2014/104/UE*, in *AIDA*, fasc.1, 2015.

CAMILLERI E., *Le conseguenze civilistiche dell'illecito antitrust*, in PACE L.F., *Dizionario sistematico della concorrenza*, Napoli, Jovene, 2013.

CAMPBELL S., FEUNTEUN T., *Designing a balanced system: Damages, Deterrence, Leniency and Litigants' Rights – A claimant's perspective*, in P. LOWE, M. MARQUIS, *European Competition Law Annual 2011: integrating Public and Private Enforcement of Competition Law – Implications for Courts and Agencies*, Hart Publishing, 2014.

CAPPELLETTI M., *Punitive Damages and the Public/Private Distinction: A Comparison Between the United States and Italy*, disponibile al seguente link: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:25818261>.

CARLI C., *La quantificazione dei danni da illeciti antitrust nel D.lgs. 3/2017: istruzioni per l'uso*, in SASSANI B. (a cura di), *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, 2017.

CASOLARI F., *Diritto ad un pieno risarcimento*, in MANZINI P. (a cura di), *Il risarcimento del danno per violazioni del diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, 2017.

CASSESE S., *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in CASSESE S., FRANCHINI C., *I garanti delle regole*, Bologna, 1996.

CAVANAGH E.D., *Antitrust Remedies Revisited*, in *Oregon Law Review*, 2005.

CHIEPPA R., *L'impatto delle nuove regole sull'accesso al fascicolo dell'autorità*, in *Concorrenza e mercato*, 2014.

CHIEPPA R., *La cooperazione tra giudice italiano, l'Autorità garante e la Commissione europea*, in TESAURO G. (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013.

DE CAROLIS V., *Il Decreto legislativo n. 3/2017 (attuativo della Direttiva) sul c.d. private antitrust enforcement, tra tecniche di ripartizione dell'onere della prova e (potenziali) ricadute sull'onere di allegazione*, in SASSANI B. (a cura di), *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, Pacini Giuridica, 2017.

DE CRISTOFARO M., *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private antitrust enforcement*, in *AIDA*, 2015.

CROFF C., *La prassi giudiziaria statunitense antitrust e il Protection of interests Trading Act del Regno Unito*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1981.

DE BRUYNE J., DE POTTER DE TEN BROECK, VAN HIEL, *Policy within and through law: proceedings of the 2014 ACCA-conference*. Maklu, 2015.

DE PASQUALE P., *Diritto dell'Unione europea e procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in CARBONE S. M. (a cura di), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht: verso nuove regole* – Convegno, Genova, 31 maggio - 1 giugno 2012 / SIDI.

DE SMIJTER E., O'SULLIVAN D., *The Manfredi judgment of the ECJ and how it relates to the Commission's initiative on EC antitrust damages actions*, in *Competition Policy Newsletter*, n. 3/2006.

DE STEFANO G., *Access of damage claimants to evidence arising out of EU cartel investigations: A fast-evolving scenario*, in *Global Competition Litigation Review* 5, no. 3, 2012.

DENOZZA F., TOFFOLETTI L., *Le funzioni delle azioni private nel Libro Bianco sul risarcimento del danno antitrust: compensazione, deterrenza e coordinamento con l'azione pubblica*, in ROSSI DAL POZZO F., NASCIMBENE B. (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009.

DI MAJO A., *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Eur. dir. priv.*, 2008.

DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003.

DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS COMPETITION COMMITTEE, *Relationship between public and private antitrust enforcement*,

giugno 2015, disponibile al seguente link:
https://www.ftc.gov/system/files/attachments/us-submissions-oecd-other-international-competition-fora/publicprivate_united_states.pdf.

EILMANSBERGER T., *The Green Paper on Damages Actions for breach of the EC antitrust rules and beyond: reflections on the utility and feasibility of stimulating private enforcement through legislative action*, in *Common Market Law Review*, vol. 44 – Issue 2, 2007.

EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort Law*.

EZRACHI A., IOANNIDOU M., *Public compensation as a Complementary Mechanism to Damages Actions: From Policy Justifications to Formal Implementation*, in *J.E.C.L.P.*, n. 6, 2012.

FABBI A., *La “esibizione” istruttoria nel private enforcement del diritto antitrust*, in SASSANI B. (a cura di), *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017*, n. 3, Pacini Giuridica, 2017.

FERRARO F., *L’esibizione e l’uso delle prove del fascicolo dell’Autorità garante della concorrenza*, in MANZINI P. (a cura di), *Il Risarcimento del danno nel diritto della concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2017.

FONDERICO G., *Private e Public enforcement*, in *Annali Italiani del diritto d’autore, della cultura e dello spettacolo*, vol. XXIV, 2015.

FRANZONI M., *Fatti Illeciti, Artt. 2043, 2056 – 2059*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, 2004.

FRATEA C., *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione europea – Profili europei, internazionalprivatistici e interni*, Napoli, 2015.

FRIGNANI A., *L'onere della prova nelle cause risarcitorie da illecito antitrust*, in *Diritto ed Economia dell'Assicurazione*, n. 4, 2011.

FULTON J., *Litigation and enforcement in the UK (Scotland): overview*, Burness Paull LLP, disponibile al seguente link: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-593-3006?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-593-3006?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)).

GALANTER M., LUBAN D., *Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism*, in *American University Law Review*, vol. 42, 1993.

GALLO P., *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996.

GAMBINI F., *Commento all'art. 6*, in BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012.

GENOVESE A., *Funzione e quantificazione del risarcimento. Considerazioni relative al danno da illecito antitrust*, in MAUGERI M.R., ZOPPINI A. (a cura di), *Funzioni di diritto privato e tecniche di regolamentazione del mercato*, Bologna, 2009.

GENOVESE A., *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, ESI, Napoli, 2005.

GILIBERTI B., *Accertamento amministrativo e risarcimento del danno nell'art. 9, co. 1 della Direttiva antitrust 104/2014*, in *AIDA*, 2015.

GIUDICI P., *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, Milano, 2008.

GIUSSANI A., *Direttiva e principi del processo civile italiano*, in *AIDA*, 2015.

GOTANDA J. Y., *Punitive Damages: A Comparative Analysis*, Villanova University Charles Widger School of Law, aprile 2003.

GRANIERI M., *La prescrizione*, in *AIDA*, vol. XXIV, Milano, 2015.

IANNUCELLI P., *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'Unione europea e la Direttiva 2014/104*, Milano, 2015.

IANNUCELLI P., *Torniamo al Trattato! Per il superamento della distinzione tra public e private enforcement del diritto della concorrenza*, in *Concorrenza e mercato*, 2014.

JONES A., SUFRIN B., *EU Competition Law, Text, Cases, and Materials*, sixth edition, Oxford University Press, 2016.

KOMNINOS A.P., *EC Private Antitrust Enforcement: decentralized application of the EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing, 2008.

KOZIOL H., *Punitive Damages - A European Perspective*, in *Louisiana Law Review*, vol. 68, n. 3.

LANDE R.H., CONNOR J. M., *Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines*, 2007, disponibile al seguente link: <https://ssrn.com/abstract=1029755>.

LANDE R., DAVIS J., *The extraordinary deterrence of private antitrust enforcement: a reply to Werden, Hammond and Barnett*, in *Antitrust Bulletin*, 2013.

LEONI A., *La tutela giurisdizionale contro gli atti dell'AGCM in materia antitrust*, in PACE L. F. (a cura di), *Dizionario Sistematico del Diritto della Concorrenza*, Napoli, Jovene Editore, 2013.

LIBERTINI M., *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust. Alcune osservazioni preliminari*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014.

LIBERTINI M., *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998.

LICCI P., *La competenza delle Sezioni Specializzate (art. 18)*, in SASSANI B. (a cura di), *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017*, n. 3, Pacini Giuridica, 2017.

LOPEZ DE GONZALO M., *La Corte di Cassazione cambia orientamento sui punitive damages*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc.3, 2017.

LOPEZ DE GONZALO M., *Proprietà intellettuale e danni punitivi di fronte alla Corte di giustizia europea*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc. 2, 2017.

LOPOPOLO S., *Il recepimento italiano della Direttiva 2014/104/UE sul private antitrust enforcement*, in *Federalismi.it*, 6 dicembre 2017.

LO SURDO C., *Programmi di leniency, accesso e divulgazione nel giudizio civile alla luce della Direttiva sul danno antitrust*, 4, <http://www.osservatorioantitrust.eu/it/programmi-di-leniency-accesso-e-divulgazione-nel-giudizio-civile-alla-luce-della-recente-direttiva-sul-danno-antitrust/>.

MASTROIANNI R., *Poteri e competenze del giudice amministrativo in materia di concorrenza alla luce dei principi dell'Unione europea*, in TESAURO G. (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013.

MEURKENS L., *The punitive damages debate in continental Europe: food for thought*, 2014, disponibile al seguente link: <http://www.ssrn.com>.

MEURKENS R.C., *Punitive Damages - The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe*, in *Kluwer*, 2014.

MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, 2006.

MONATERI P.G., *Responsabilità civile in diritto comparato*, in *Dig. Sez. Civ.*, vol. XVII, Torino, 1998.

MONTANARI A., *La resistibile ascesa del risarcimento punitivo nell'ordinamento italiano (a proposito dell'ordinanza n. 9978/2016 della Corte di Cassazione)*, in *Diritto civile contemporaneo*, 2 febbraio 2017.

MONTI G., *EC Competition Law, Law in Context Series*, Cambridge University Press, 2007.

MONTI G., *EU law and interest on damages for infringements of competition law – A comparative report*, in *European University Institute, EUI Working Paper LAW 2016/11*.

MUNRO C., MARSHALL J., DUNNE J., in S. MOBLEY (a cura di), *Private Antitrust Litigation 2018*, Baker McKenzie LLP.

MUSCOLO G., *Alcune questioni in tema di accesso alla prova nel processo antitrust*, in TESAURO G. (a cura di), *Concorrenza ed Effettività della Tutela Giurisdizionale tra Ordinamento dell'Unione Europea e Ordinamento Italiano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013.

MUSCOLO G., *L'accesso alla prova e lo standard probatorio*, http://www.agcm.it/component/joomdoc/eventi/convegni/Muscolo_-_Laccesso_alla_prova_e_lo_standard_probatorio.pdf/download.html.

MUSCOLO G., *Disclosure and standard of proof innovations*, in *Italian Antitrust Review*, AGCM, vol. 2/2015.

MUSCOLO G., *La quantificazione del danno nel processo antitrust*, in PACE L. F. (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, Jovene, 2013.

NASCIMBENE B., *L'interazione tra programmi di clemenza e azioni di risarcimento nel diritto antitrust comunitario: prospettive in tema di collective redress*, in *Diritto dell'Unione Europea*, vol. 4, 2012.

NASCIMBENE B., *La vincolatività del provvedimento di condanna dell'Autorità garante successivamente alla direttiva sul private enforcement (Direttiva 2014/104/UE)*, 14/11/2016, disponibile al seguente link: <http://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/2017/01/Relazione-14.11.2016.pdf>.

NAZZINI R., *The Binding effect of decisions by Competition Authorities in the European Union*, in *Italian Antitrust Review*.

NAZZINI R., *Concurrent proceedings in Competition Law: Procedure, Evidence and Remedies*, OUP, 2004.

NEGRI M., *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino, 2006.

NOTARO G., GUARDAVACCARO G., *Il ruolo dell'analisi economica nella valutazione degli effetti di condotte anticoncorrenziali e nella quantificazione del danno antitrust*, in PACE L. F. (a cura di), *Dizionario Sistematico del Diritto della Concorrenza*, Napoli, Jovene Editore, 2013.

OCSE, *Private Remedies*, in *OECD Journal: Competition Law and Policy*, 2011, vol. 11(2).

OLIARI S., *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I.

PALLOTTA O., *Deterrence against cartels: an overview on the presumption of harm and on punitive damages after 60 years of EU competition law*, in MASTROIANNI R., ARENA A. (a cura di), *60 years of eu competition law: stocktaking and future prospects*, Napoli, 2017.

PALLOTTA O., *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea a tutela dei consumatori*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.

PALLOTTA O., *Public e private antitrust enforcement alla luce della direttiva 2014/104/UE: l'equilibrio alterato*, in *Studi sull'integrazione europea*, XII, 2017.

PANZANI L., *Binding effect of decision adopted by National Competition Authorities*, in *Italian Antitrust Review*.

PAPALEO L.G., *Principio del libero convincimento del giudice: giusta ponderazione tra legalità, libertà ed arbitrio nell'applicazione della legge*, 2009.

PARDOLESI P., *Danni punitivi: frustrazioni del "vorrei ma non posso"?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 2.

PARDOLESI R., *Complementarietà irrisolte: presidio (pubblico) del mercato e azioni (private) di danno*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2011.

PATRONI GRIFFI F., *Giudicato amministrativo*, in CASSESE S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006.

PESCE C., *Non applicazione del diritto nazionale incompatibile con il diritto antitrust dell'Unione*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.

PESCE C., *Obbligo di collaborazione e trasparenza amministrativa nei procedimenti antitrust di clemenza dell'Unione*, in TESAURO G. (a cura di),

Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013.

PICOD F., *Accès aux documents d'un programme de clémence*, in *La Semaine Juridique, édition générale*, 2013.

PONZANELLI G., *Attenzione: non è danno esistenziale, ma vera e propria pena privata*, in *Danno e resp.*, 2000.

PONZANELLI G., *Danni punitivi? No, grazie*, in *Foro it.*, 2007, I.

PONZANELLI G., *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I.

PONZANELLI G., *La "costituzionalizzazione" dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*, in *Foro it.*, 2003, IV.

PONZANELLI G., *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, 1992.

QUARTA F., *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.4, 2016.

RABKIN J. A., *The secret life of the Private Attorney General*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 61: n.1.

RATTI G., *L'accertamento della violazione e dei danni da illecito antitrust*, 2016,

http://www.ca.milano.giustizia.it/allegato_corsi.aspx?File_id_allegato=2598

RIFFAULT-SILK J., *The binding effect of national competition authorities decisions – observations on Article 9 of the Commission Proposal of Directive on Antitrust Damages*, in *Concorrenza e mercato*, 2014.

ROSOCHOWICZ P. H., *Deterrence and the relationship between Public and Private Enforcement of Competition Law*, Amsterdam Centre for Law & Economics Working Paper Series, disponibile sul sito <http://acle.uva.nl/events/competition--regulation-meetings/working-papers-cr-meeting-2005.html>.

ROUHETTE T., *The availability of punitive damages in Europe: growing trend or nonexistent concept?*, in *Defense Counsel Journal*, vol. 74, n. 4, ottobre 2008.

SALOMONE E., *Il risarcimento del danno da illeciti antitrust: profili di tutela interna e comunitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc.3, 2007.

SALVI C., *La responsabilità civile*, in IUDICA G., ZATTI P. (a cura di) *Trattato di Diritto Privato*, 1998.

SANTISE M., *L'avvento della concezione polifunzionale della responsabilità civile e i limiti di ammissibilità dei c.d. danni punitivi*, disponibile al seguente link: <http://www.iurisprudencia.it/lavvento-della-concezione-polifunzionale-della-responsabilita-civile-e-i-limiti-di-ammissibilita-dei-c-d-danni-punitivi/?print=pdf>.

SARAVALLE A., *I “punitive damages” nelle sentenze delle corti europee e dei tribunali arbitrali*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1993.

SAVOIA R., *Le Sezioni Unite aprono la strada al riconoscimento in Italia di sentenze straniere che contengano risarcimenti punitivi*, in *Diritto & Giustizia*, fasc.118, 2017.

SCHEPISI C., MUSCOLO G., *Private enforcement and collective redress in european competition law (Italy)*, in BÀNDY GY, DARÀK P., LAÀNKOS P., TOTH T. (a cura di), *Private enforcement and collective redress in european competition law*, Wolter Kluwer, 2016.

SCHINKEL M. P., RUGGEBERG J., *Consolidating antitrust damages in Europe: A proposal for standing in line with efficient private enforcement*, in *World Competition: Law and Economics Review*, 29, 3, 2006.

SCHIRRIPA M., *I danni punitivi nel panorama internazionale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento?*, disponibile sul sito www.comparazionedirittocivile.it, marzo 2017.

SCUFFI M., *Orientamenti consolidati e nuove prospettive nella giurisprudenza italiana antitrust*, in *Atti del Convegno V UAE-LIDC, Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 16-17 maggio 2002.

SIRAGUSA M., *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e mercato*, 2014.

SIRENA P., *Il risarcimento dei danni c.d. punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I.

SPOTO G., *I danni punitivi e il risarcimento del danno ambientale*, in ALCARO F. E ALTRI (a cura di), *Valori della persona e modelli di tutela contro i rischi ambientali e genotossici*, Firenze University Press, 2008.

STORTO A., *Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM dopo il decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3*, in SASSANI B. (a cura di), *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, Pacini Giuridica, 2017.

STROZZI G., MASTROIANNI R., *Diritto dell'Unione europea – parte istituzionale*, settima ed., Giappichelli Editore, Torino, 2016.

SULLIVAN L.A., GRIMES W. S., *The law of antitrust, An integrated handbook*, terza edizione, 2016.

TADDEI ELM G., *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta di direttiva UE del 2013*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014.

TODINO M., *Il danno risarcibile*, in *AIDA*, vol. XXIV, Milano, 2015.

TRIMARCHI M., *La divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza nella direttiva sull'antitrust private enforcement (direttiva 2014/104/UE)*, in *AIDA*, 2015.

TRIMARCHI P., *Illecito civile*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, p. 108.

VALENTINI V., DE CARO L., *La tutela della concorrenza: il public enforcement*, in SASSANI B. (a cura di), *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, 2017.

VALERINI F., *Gli effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato sul processo civile*, in SASSANI B. (a cura di), *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017*, n. 3, 2017.

VALERINI F., *Il giudizio di merito nell'azione antitrust*, in PACE L. F. (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, 2013.

VAN DEN BERGH R., *Private Enforcement of European Competition Law and the persisting collective action problem*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 20, 2013.

VANLEENHOVE C., *The Current European Perspective on the exequatur of U.S. Punitive Damages: Opening the gate But Keeping a guard*, in *Polish Year Book of International Law*, volume XXXV, 2015.

VANLEENHOVE C., *Punitive damages and European Law, quo vademus?*, disponibile al seguente link:
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2054595.

VASQUES L., *Private enforcement della disciplina antitrust in Italia: si può fare?*, in *Danno e responsabilità*, 8-9 2012.

VETTORI G., TADDEI ELMI G., *Rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, in RABITTI BEDOGNI C., BARUCCI P. (a cura di), *20 anni di antitrust*, 2010, tomo I.

WILS W. P. J., *The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages*, in *World Competition*, vol. 32, n. 1, marzo 2009.

ZARRA G., *L'ordine pubblico attraverso la lente del giudice di legittimità: in margine a Sezioni Unite 16601/17*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc.3, 2017.

ZARRA G., *The doctrine of punitive damages and international arbitration*, in *Diritto del Commercio internazionale*, fasc. 4, 2016.

SENTENZE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA E CONCLUSIONI DEGLI AVVOCATI GENERALI

Causa 26-62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contro Amministrazione olandese delle imposte*, EU:C:1963:1.

Causa 127-73, *Belgische Radio en Televisie e société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contro SV SABAM e NV Fonior*, EU:C:1974:6.

Causa C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG e Rewe-Zentral AG contro Landwirtschaftskammer für das Saarland*, EU:C:1976:188.

Causa 37/79, *Anne Marty SA contro Estée Lauder SA*, EU:C:1980:190.

Causa C-309/85, *Bruno Barra contro Belgian State and City of Liège*, EU:C:1988:42.

Cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Andrea Francovich e altri contro Repubblica italiana*, EU:C:1991:428.

Causa C-234/89, *Stergios Delimitis v Henninger Bräu AG*, EU:C:1991:91.

Causa C-271/91, *M. Helen Marshall contro Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, EU:C:1993:335.

Cause riunite Caso C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA contro Bundesrepublik Deutschland e The Queen contro Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri*, EU:C:1996:79.

C-231-96, *Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis) contro Ministero delle Finanze*, EU:C:1998:401.

Causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*, EU:C:1999:269.

Causa C-344/98, *Masterfoods Ltd contro HB Ice Cream Ltd*, EU:C:2000:689.

Cause riunite C-174/98 P e C-189/98 P, *Regno dei Paesi Bassi e Gerard van der Wal contro Commissione delle Comunità europee*, EU:C:2000:1.

Causa C-453/99, *Courage Ltd contro Bernard Crehan e Bernard Crehan contro Courage Ltd e altri*, EU:C:2001:465.

Causa C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) contro Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, EU:C:2003:430.

Cause riunite C-295/04 a C-298/04, *Vincenzo Manfredi contro Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04), Antonio Cannito contro Fondiaria Sai SpA (C-296/04) e Nicolò Tricarico (C-297/04) e Pasqualina Murgolo (C-298/04) contro Assitalia SpA*, EU:C:2006:461.

Causa C-501/06 P - *GlaxoSmithKline Services e a. contro Commissione e a.*, EU:C:2009:610.

Conclusioni dell'AG Mazák nel Caso C-360/09, *Pfleiderer c. Bundeskartellamt*, EU:C:2010:782.

Causa C-360/09, *Pfleiderer AG v Bundeskartellamt*, EU:C:2011:389.

Causa T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims (CDC Hydrogene Peroxide) v. European Commission*, EU:T:2011:752.

Causa T-344/08, *EnBW Energie Baden-Württemberg AG v. European Commission*, EU:T:2012:242.

Causa C-386/10 P, *Chalkor AE Epexergasias Metallon contro Commissione europea*, EU:C:2011:815.

Causa C-199/11, *Europese Gemeenschap contro Otis NV e altri*, EU:C:2012:684.

Causa C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde v. Donau Chemie AG and Others*, EU:C:2013:366.

Causa C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde v. Donau Chemie AG and Others*, EU:C:2013:366.

Causa C-365/12 P, *European Commission v. EnBW Energie Baden-Württemberg AG*, EU:C:2014:112.

Causa T-534/11, *Schenker AG v. European Commission*, EU:T:2014:854.

Causa C-557/12, *Kone AG e altri contro ÖBB-Infrastruktur AG*, EU:C:2014:1317.

Causa T-677/13, *Axa Versicherung AG v. European Commission*, EU:T:2015:473.

Causa C-69/14, *Dragoș Constantin Târșia contro Statul român e Serviciul Public Comunitar Regim Permise de Conducere si Inmatriculare a Autovehiculelor*, EU:C:2015:662.

Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar nella causa C-162/15P, *Evonik Degussa GmbH v. European Commission*, EU:C:2016:587.

Causa C-367/15, *Stowarzyszenie "Oławska Telewizja Kablowa*, EU:C:2017:36.

Causa C-162/15 P, *Evonik Degussa GmbH v. European Commission*, EU:C:2017:205.

Causa T-577/14, *Gascogne Sack Deutschland GmbH e Gascogne contro Corte di giustizia dell'Unione europea*, EU:T:2017:1.

SENTENZE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

CEDU, *Gaygusuz c. Austria*, 16 Settembre 1996, n. 17371/90.

CEDU, *Akdivar c. Turchia*, 1 Aprile 1998, n. 21893/93.

CEDU, *Selcuk e Asker c. Turchia*, 24 Aprile 1998, n. 30451/96.

CEDU, *Cable e altri c. Regno Unito*, 18 Febbraio 1999, n. 24436/94.

CEDU, *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italia*, 27 settembre 2011, n. 43509/08.

SENTENZE ITALIANE

A) CORTE DI CASSAZIONE:

Cass., 12 maggio 1999, n. 4687.

Cass., 6 febbraio 2003, n. 1747.

Cass., 8 maggio 2006, n. 10499.

Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183.

Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305.

Cass. Sez. Un., 17 marzo 2008, n. 7063.

Cass., Sez. Un., 13 febbraio 2009, n. 3640.

Cass., 18 dicembre 2009, n. 26748.

Cass., 5 ottobre 2010, n. 20665.

Cass., 10 maggio 2011, n. 10211.

Cass., 10 maggio 2011, n. 10212.

Cass., 20 giugno 2011, n. 13486.

Cass., 18 agosto 2011, n. 17362.

Cass., 22 settembre 2011, n. 19262.

Cass., 8 febbraio 2012, n. 1781.

Cass., 9 maggio 2012, n. 7039.

Cass., ordinanza del 16 gennaio 2013, n. 5327.

Cass., 3 aprile 2013, n. 8091.

Cass., 22 maggio 2013, n. 12551.

Cass. Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013.

Cass., 23 aprile 2014, n. 9116.

Cass. Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601.

B) CONSIGLIO DI STATO:

Cons. Stato, 14 marzo 2000, n. 1348.

Cons. Stato, 23 aprile 2002, n. 2199.

Cons. Stato, 1 ottobre 2002, n. 5156.

Cons. Stato 2 marzo 2004 n. 926.

Cons. Stato, 10 febbraio 2008 n. 597.

Cons. Stato, 10 dicembre 2014, n. 6050.

Cons. Stato, 15 maggio 2015, n. 2479.

Cons. Stato, 30 giugno 2016, n. 2947.

C) CORTE COSTITUZIONALE:

Corte cost., 27 febbraio 1962, n. 8.

Corte cost., 11 novembre 2011, n. 303.

Corte cost., 23 giugno 2016, n. 152.

Corte cost., 11 luglio 2018, n. 142.

D) ALTRI TRIBUNALI

T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 4 giugno 2013, n. 638.

T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 18 settembre 2013, n. 1943.

Tribunale di Milano, 18 aprile 2014.

SENTENZE DI ALTRE CORTI

AMERICA:

Corte Suprema degli Stati Uniti, *Perma Life Mufflers* 392 US 134, 139 (1968).

Corte Suprema degli Stati Uniti, *Illinois Brick v. Illinois*, 431 US 720, 746 (1977).

Corte Suprema degli Stati Uniti, *Blue Shield of Virginia v. McCready*, 457 U.S. 465 (1982).

Corte Suprema degli Stati Uniti, *Associated General Contractors of California, Inc. v. California State Council of Carpenters*, 459 U.S. 519 (1983).

Corte Suprema degli Stati Uniti, *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 US 614, 635 (1985).

Corte Suprema degli Stati Uniti, *California v. ARC America Corp.*, 490 U.S. 93 (1989).

US District Court for the Southern District of New York, *Hansen Packing Co. v. Armour & Co.*, 16 F. Supp. 784, 788, S.D.N.Y., 30 luglio 1936.

FRANCIA:

Corte di Cassazione francese, prima sezione civile, n. 1090 del 1 dicembre 2010.

REGNO UNITO:

Corte inglese, *Huckle v. Money*, 2 Wils. 205, 95 Eng. Rep. 768 (K.B.) (1763).

UK Competition Appeal Tribunal (CAT), *2 Travel Group Plc v. Cardiff City Transport Services Limited* (2012).

DIRITTO EUROPEO

A) DIRITTO PRIMARIO

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, OJ C 202, 7.6.2016, p. 389–405.

Trattato sull'Unione europea (versione consolidata), OJ C 326, 26.10.2012, p. 13–390.

Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (versione consolidata), OJ C 326, 26.10.2012, p. 47–390.

B) DIRITTO DERIVATO

Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea. GU L 349 del 5.12.2014, p. 1–19.

Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, OJ L 145, 31.5.2001, p. 43-48.

Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, OJ L 1, 4.1.2003, p. 1–25.

Regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE, OJ L 123, 27.4.2004, p. 18–24.

Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale GU L 351 del 20.12.2012, p. 1–32.

C) ALTRI ATTI

Commission Staff Working Paper, di accompagnamento al Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM(2008) 165, 2 aprile 2008, disponibile al seguente link: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52008SC0404>.

Commission Staff Working Paper, allegato al Libro Verde – Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM(2005) 672, 19 dicembre 2005, disponibile al seguente link: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/sp_en.pdf.

Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE, GU C 127 del 9.4.2016, pag. 13–21, GU C 101 del 27.4.2004, pag. 54–64.

Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese GU C 298 del 8.12.2006, pag. 17–22, GU C 144 del 23.4.2016, pag. 23–28.

Comunicazione della Commissione relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, 13 giugno 2013 (2013/C 167/07).

Comunicazione della Commissione concernente la transazione nei procedimenti per l'adozione di decisioni a norma dell'articolo 7 e dell'articolo 23 del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio nei casi di

cartelli, GU C 167 del 2.7.2008, pag. 1–6, GU C 144 del 23.4.2016, pag. 23–28.

Commissione europea, *Study on the Passing-on of Overcharges*, 25 ottobre 2016, disponibile al seguente link: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0216916ENN.pdf>.

Documento di lavoro dei servizi della Commissione, Guida pratica – Quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell’articolo 101 o 102 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea, C(2013) 3440.

Interinstitutional File 2013/0185 (COD) del 27 novembre 2013, disponibile al seguente link: <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2015983%202013%20INIT>.

Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie (SEC(2008) 404) (SEC(2008) 405) (SEC(2008) 406), COM/2008/0165 def.

Libro Verde - Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie (SEC(2005) 1732), COM/2005/0672 def.

Proposta di Direttiva del parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento dei danni a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell’Unione Europea, dell’11 giugno 2013, 2013/0185 (COD), disponibile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:IT:PD>

F.

Risoluzione del 26 marzo 2009 sul Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie (2008/2154(INI)).

Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC antitrust rules, disponibile sul sito web della Commissione:

http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/private_enforcement/index_en.html.

Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni
Applicazione della direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale /com/2010/0779 def/.

Relazione della Commissione sull'applicazione, nel 2016, del regolamento (CE) n. 1049/2001 relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, COM/2017/0738 final.

Report della Commissione Europea, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, Cyprus*, disponibile al seguente link:
http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/national_reports/cyprus_en.pdf.

DIRITTO NAZIONALE

Decreto legislativo n. 3/2017, *Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea*, G.U. n. 17 del 19 gennaio 2017.

Legge 10 ottobre 1990, n. 287 - *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 13 ottobre 1990, n. 240.

Legge 9 luglio 2015 n. 114, *Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2014*, in Gazzetta Ufficiale – Serie Generale n. 176 del 31 luglio 2015.

ALTRI ATTI

NORMATIVA SULLA CONCORRENZA:

A. GERMANIA:

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, disponibile al seguente link:
http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/index.html.

B. IRLANDA:

Irish Competition Act, 2002, disponibile al seguente link:
<http://www.irishstatutebook.ie/eli/2002/act/14/enacted/en/html>.

C. REGNO UNITO:

UK Competition Act, disponibile al seguente link:
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/41/contents>.

D. SCOZIA:

Scottish Law Commission, *Report on Damages for Wrongful Death*, settembre 2008.

The law reform commission, *Consultation paper on aggravated, exemplary and restitutionary damages*, aprile 1998.

E. STATI UNITI:

Sherman Antitrust Act, 1890.

Clayton Antitrust Act, 1914.

Antitrust Modernization Commission, *Report*, 2007 disponibile al seguente link:

https://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf.

ALTRI ATTI ITALIANI:

AGCM, Provvedimento n. 8546 (I377), RC Auto, 28 luglio 2000, successivamente confermato da TAR Lazio, 5 luglio 2001, n. 6139 e da Consiglio di Stato, 23 aprile 2002, n. 2199.

Analisi di impatto della regolamentazione (A.I.R.) allegata allo schema di decreto legislativo di attuazione della Direttiva 2014/104/UE, disponibile al seguente link:

http://www.governo.it/sites/governo.it/files/air_risarcimento_danno.pdf.

Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

Relazione illustrativa del Governo dello Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva 2014/104/UE relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea (disponibile al seguente link: <http://documenti.camera.it/apps/leg17/attigoverno/schedalavori/getSchedaCamera.asp?atto=350&tipoAtto=Atto&leg=17&tab=2>).

ALTRO:

Principles of European Tort Law, disponibili al seguente link: <http://www.egtl.org>.

International Competition Network, Cartel Working Group, *Interaction of Public and Private Enforcement in Cartel Cases*, Report della Conferenza Annuale dell'ICN, Mosca 2007, disponibile al sito <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc349.pdf>